

PAULO RANGEL

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCOMUNICABILIDADE DO
CONSELHO DE SENTENÇA NO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO**

**Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Doutor, ao Programa de
Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade Federal
do Paraná.**

**Orientador:
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

CURITIBA

2005

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO RANGEL

A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCOMUNICABILIDADE DO CONSELHO DE SENTENÇA NO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 30 de agosto de 2005

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, como não poderia deixar de ser, quero agradecer ao Grande Arquiteto do Universo por mais uma oportunidade que me foi concedida de concluir meus estudos, agora em nível de doutorado. A máxima não pode ser esquecida: *a quem muito foi dado, muito será pedido*.

Neste mesmo sentido, Ele me proporcionou um encontro com meu orientador professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho a quem devo todo o incentivo, orientação, apoio nas horas difíceis e, principalmente, o ombro amigo e camarada sem perder o rigor necessário para a purificação do trabalho. O professor Jacinto é um dos poucos no País que exerce o magistério com seriedade e responsabilidade, que acredita na educação como forma de crescimento de uma sociedade. Por isso sou grato a tudo que fez por mim durante minha estada e ida e vindas à Curitiba, durante o curso.

Ao professor Doutor Luiz Alberto Machado devo gratidão pelos ensinamentos e pela paciência típica de um Mestre. O professor Luiz Alberto não poupa esforços para, durante suas aulas, transferir o aluno para o universo do Direito explicando o sistema como um todo, em especial sua visão do Direito comparado. É outro que, junto com Jacinto, transforma a UFPR em um centro de excelência do ensino, hoje, no País, participando ativamente de todos os eventos e incentivando os alunos a participarem. Deixo consignado meu profundo agradecimento ao professor Luiz Alberto Machado por tudo que fez por mim.

Ao corpo docente da UFPR, em especial aos professores Celso Ludwig (Filosofia), Ricardo Marcelo da Fonseca e Katie Silene Argüello (ambos de Teoria do Estado), meus sinceros agradecimentos pela purificação que me foi permitida fazer e de tudo que conheci através dos estudos que foram realizados.

Existem professores que, às vezes, pensam que porque não nos deram aulas, não nos ensinaram nem participaram de nossa formação acadêmica, ledo engano. Sem perceberem falaram algo que, para nós alunos atentos a um simples diálogo, foi o suficiente para um aprendizado. Quando a professora Aldacy Rachid Coutinho diz que está lendo MARX com seus alunos em sala de aula, página por página, aguça a curiosidade sobre a leitura e me faz procurar as obras do autor que poderiam nos ajudar no trabalho, ou mesmo que não ajudar diretamente, dar-nos uma base melhor do que queremos. Por isso, fui procurar

não só as obras que queria ler de Marx mas, principalmente, um conhecedor do marxismo: Juarez Sirino dos Santos. Aos dois, meus agradecimentos pela inestimável ajuda que foi dada. Na mesma esteira de tratamento encontrei o professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos a quem estimo e agradeço as informações que sempre foram passadas.

Aos professores visitantes Doutores Cláudio Brandão e Lenio Luiz Streck agradeço, da mesma forma, pelas brilhantes e magníficas aulas que foram dadas durante o curso, sempre chamando o aluno à reflexão crítica do direito.

Ao professor Luiz Edson Fachin o muito obrigado pela existência que, por si só, é uma forma de se aprender a ser.

Agradeço ao professor Doutor Manuel da Costa Andrade, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelas palavras de incentivo e estímulo durante o curso, quando em visita à UFPR.

Agradeço ao professor Doutor António José Avelãs Nunes da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra que nos ensina, quando em visita à UFPR, a refletir sobre o respeito a vida do outro enquanto bem que não pode se transformar em mercadoria.

Importante também a foi presença/aula do professor Doutor Domenico Costella que nos falou, com profundidade, sobre o pensamento de Henrique Dussel o que, por si só, me permitiu conhecer melhor e mais próximo o pensamento do filósofo que, inclusive, é o mote de minha tese. Professor Costella conhece de perto Dussel e sabe transitar bem pelas passagens, as vezes, intrincadas do autor. Nesse ponto a UFPR não faz por menos: traz o autor à Universidade para que possamos conhecê-lo. Muito obrigado ao professor Domenico Costella.

Ao Doutor Carlos Roberto Bacila os agradecimentos por toda a ajuda que foi fornecida. Bacila, como gosto de chamar, não mediu esforços em se colocar à disposição para todas as dificuldades que tive durante o curso. Conhecedor dos corredores da UFPR me conduziu pelo caminho certo fazendo com que alcançasse o final do curso de forma equilibrada e objetivada, impedindo tropeços acadêmicos desnecessários. Meus agradecimentos sinceros.

Existem pessoas que nos ajudam e que sem elas um curso do porte do que a UFPR oferece não teria sucesso e aqui quero externar minha gratidão pela paciência e atenção que me foram dispensadas, pois como aluno de outro Estado (Rio de Janeiro) era necessário, muitas vezes, após a conclusão dos créditos em que retornei à minha cidade natal, o contato, via e-mail, telefone, carta, fax, enfim... todo meio de comunicação e como tal fui sempre prontamente atendido, são elas: Jussara, Sandra, Laura, Fátima, Cristina e Marcelo, sem contar, óbvio, a atenciosa Regina que incansavelmente servia a todos, indistintamente, e sempre com um sorriso de alegria no rosto.

Por último, repito: agradeço a Deus pela oportunidade de conhecer todas essas pessoas.

No princípio era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus. Ele estava no princípio com Deus. Todas as coisas foram feitas por ele, e sem ele nada do que foi feito se fez.

(João 1: 1-3)

SUMÁRIO

RESUMO	ix
ABSTRACT	x
INTRODUÇÃO.....	1
 PARTE I - A LINGUAGEM COMO FORMA DE EXPRESSÃO E INSERÇÃO DO SER NO MUNDO	
CAPÍTULO 1 -	6
1.1 O USO DA PALAVRA COMO UMA DAS FORMAS DE EXPOSIÇÃO DE IDÉIAS.....	6
1.2 A DEMOCRACIA COMO EXERCÍCIO DO PODER.	19
1.3 A CENSURA COMO LIMITAÇÃO DOS SENTIDOS.	22
1.3.1 A Censura no Governo Vargas.....	28
1.3.2 A Censura na Ditadura Militar	36
1.3.3 A Censura e a Lei Fleury	39
CAPÍTULO 2 - O JÚRI NA HISTÓRIA.....	45
2.1 INTRODUÇÃO À HISTÓRIA DO JÚRI.....	45
2.2 O JÚRI NO DIREITO COMPARADO E A QUESTÃO DA INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS.....	50
2.2.1 Inglaterra	50
2.2.2 Estados Unidos	51
2.2.3 França	55
2.2.4 Itália.....	57
2.2.5 Espanha	59
2.2.6 Portugal.....	61
 PARTE II - O JÚRI NO BRASIL	
CAPÍTULO 3 - DO IMPÉRIO BRASILEIRO AO ESTADO DE REPRESSÃO DE GETÚLIO VARGAS	64
3.1 O IMPÉRIO BRASILEIRO E O TRIBUNAL DO JÚRI: AS REFORMAS IMPERIAIS.....	64
3.2 A REPÚBLICA E O TRIBUNAL DO JÚRI	80

3.3	A REVOLUÇÃO DE 1930, O ESTADO NOVO E O TRATAMENTO DADO AO TRIBUNAL DO JÚRI	82
CAPÍTULO 4 - DA IMPOSIÇÃO VIOLENTA DO SILÊNCIO À REFORMA		
	PROCESSUAL PENAL DO JÚRI – PROJETO N.º 4.203/01	88
4.1	A INCOMUNICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E SUA (FALSA) JUSTIFICATIVA.....	88
4.2	A FUNÇÃO E A ESCOLHA DOS JURADOS	96
4.3	A REFORMA PROCESSUAL PENAL DO JÚRI CONSTITUCIONALIZADA	100
PARTE III - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO JÚRI		
	CAPÍTULO 5 - A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE.....	128
5.1	A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	128
5.2	SER JURADO: DIREITO OU DEVER DO CIDADÃO?.....	131
5.3	A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A COMUNICABILIDADE ENTRE OS JURADOS COMO IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA MOTIVAÇÃO DE SUA DECISÃO	133
	CONCLUSÃO	136
	REFERÊNCIAS	141

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a necessidade de estabelecer a comunicação entre os jurados no tribunal do júri, durante a votação na sala secreta, inclusive, exigindo do conselho de sentença a necessária fundamentação de suas decisões. Para tanto, mister se faz a adequação constitucional da instituição do júri levando-se em linha de conta sua formação histórica, política e cultural, sem olvidar do estudo da filosofia da linguagem filtrada à luz da filosofia da ética da libertação de Henrique Dussel. A comunicação entre os jurados é exigência constitucional, pois toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada (Art. 93, IX da CR (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)) e não há como fundamentar sem que o conselho de sentença manifeste, entre os seus e a sós, seu voto. A preocupação do uso da linguagem deve se dar à luz da ética da alteridade.

ABSTRACT

The present work aims at studying the need of providing communication between jury members when they vote in the secret-room, as well as of requiring the sentence council to make really well-grounded decisions. To that end, it is necessary to adequate the jury institution constitutionally taking into consideration its historical, political and cultural formation, not forgetting the study of language philosophy seeing through the philosophy of ethical liberation by Henrique Dussel. Communication between the jury members is a constitutional requirement, seeing that any judicial decision has to be well-grounded (Art. 93, IX of CR (...) IX) – All Law judgments will be public and their decisions well-grounded not to be abrogated since law can limit the presence of the parties and their attorneys in a given act, or only the attorneys in cases where the preservation of one of the parts' right to secrecy can harm the public interest to information access (2004 45th Constitutional Amendment text (*Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004*)) and there is no way of basing it without a sentence council vote. Concern for language use must be based on alterity ethics.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo estudar a decisão do conselho de sentença no Tribunal do Júri brasileiro, exclusivamente, no seu aspecto do silenciamento e da ausência de motivação da decisão proferida, em total desarmonia com a Constituição da República que estabelece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito fundado no exercício pleno da democracia e na dignidade da pessoa humana.

No primeiro capítulo a incursão é feita, inicialmente, pelo uso da linguagem como modo de ser no mundo, espaço dentro do qual o ser reside e habita não lhe sendo possível um mundo fora dos limites da linguagem. A vertente principal, contudo, é o compromisso ético lingüístico à luz da filosofia da libertação como forma de proteção do homem oprimido de um país latino-americano como o Brasil. Sem olvidar da ética da alteridade.

A linguagem é tratada em um viés ético de libertação, como compromisso constitucional com outro, ser igual a nós, em sua diferença. A linguagem não é considerada sob o ponto de vista habermasiano, ou seja, como instrumento de realização da teoria consensual da verdade. Não pode haver consenso com a vida do outro, e este é o viés com o qual se vai trabalhar: a vida humana, sua reprodução e desenvolvimento.

O júri não pode deixar de passar pelo filtro axiológico da Constituição, pois como manifestação do exercício do poder conferido ao povo sua manifestação deve ser democrática, e não pode haver decisão democrática se ela não por fruto de um debate, de discussão entre os jurados.

Nesse viés, a censura imposta pelo regime ditatorial é uma das formas de se impor também ao júri o silêncio, pois a decisão que emana do conselho de sentença espelha o ideal do regime instalado, razão pela qual a censura é estudada como limitação de sentidos.

No segundo capítulo faz-se uma investigação do júri em alguns países com o objetivo de verificar como é tratada a questão da incomunicabilidade e da fundamentação das decisões do conselho de sentença. Percebe-se que o respeito à decisão condenatória exige, em alguns casos, até unanimidade, mas a formação do conselho de sentença é diferente, razão pela qual há que se perquirir necessária modificação do conselho de sentença brasileiro.

Hodiernamente, as decisões emanadas do júri demonstram um inconformismo por parte dos jurados de não poderem conversar e discutir o fato/caso penal de forma aberta e clara entre eles, pois não raras vezes as decisões alcançadas não são aquelas que desejavam, mas a falta de esclarecimento e compreensão sobre os resultados da quesitação leva o júri a erro: erro sobre a vida do outro, como ser igual a nós, mas em pólo social diferente.

O medo é outro fator perturbador do julgamento. A onda midiática se alastra causando temor entre os jurados, fato que já é objeto de mudanças parciais no código de processo penal.¹ Logo, a alteração que se faz necessária, e que até então não foi percebida, reside na estrutura do tribunal quanto à linguagem exercida, em todas as suas conseqüências: comunicação e fundamentação.

No terceiro capítulo o trabalho passa pela história brasileira do júri mostrando desde sua chegada no Brasil em 1822 até a chamada reforma processual do júri pelo Projeto 4.203/01. Trata-se de uma involução, de um retrocesso social saber que no Império o júri era mais democrático² do que hoje. A falácia da incomunicabilidade,

¹A mudança na lei é mais do que necessária. Hoje temos uma realidade totalmente diferente daquela época, com juízes, promotores e testemunhas ameaçados. Não há como julgar grupos de extermínio em comarcas onde ainda temos os reflexos do esquadrão da morte. Se juízes e promotores precisam de escolta, que isenção terão os jurados para julgar?" (depoimento da Deputada Federal Denise Frossard. **Jornal O Globo**, Coluna Rio, 1.º de maio de 2005, p.18).

²Embora a sociedade fosse agrária, o período fosse o da escravidão e a economia, fundamentalmente, do campo e os jurados escolhidos por um processo de renda.

ou seja, a falsa justificativa para que os jurados não se comuniquem³ não pode subsistir no Estado atual. A decisão tem que ser fruto do debate e exige responsabilidade, razão pela qual a fundamentação é obrigatória. Não há espaço para o clandestino nem para o oculto nas decisões.

No quarto capítulo faz-se um estudo do silêncio imposto através da violência pelo Estado quando visa estabelecer mecanismos de controle da população de um modo geral, mas sobretudo com o objetivo de cercear a liberdade criando normas legais de vigília e opressão. A própria função e escolha dos jurados passa por esse filtro, razão pela qual mister se faz uma constitucionalização do júri.

No quinto e último capítulo a Constituição é o foco principal do presente trabalho submetendo o júri a sua força normativa, pois no Estado Democrático de Direito⁴ não se pode compreender que haja inversão dessa ordem, qual seja: o código de processo penal deve ser interpretado de acordo com a Constituição e não o inverso.

Se o Estado estabelece com sua Constituição um compromisso ético com o indivíduo, em si, participante que é da vida pública, não pode negar-lhe os direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito ao devido processo legal que exige a fundamentação das decisões judiciais.

A função de jurado não pode ser obrigatória, como estabelece a lei, mas sim fruto do exercício pleno da democracia, por isso se trabalha com o direito comparado a fim de mostrar o papel desempenhado pelos jurados em outros países. Neste caso, no Brasil, se deve repensar o papel da função de jurado evitando a

³Ensina Firmino Whitaker que "a lei, exigindo a incomunicabilidade, pretendeu garantir a independência dos jurados e a verdade das decisões. Só a própria convicção os deve guiar no julgamento" (MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963. v.1. p.108).

⁴"No Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado social." (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.85).

figura do *jurado profissional* que se enraíza nas comarcas, em especial do interior do País trazendo graves e sérios prejuízos ao exercício pleno da defesa e do princípio do juiz natural.

O compromisso ético com o outro, como ser igual a nós, não foge do objeto do trabalho levando em consideração suas diferenças, mas não olvidando de seus direitos fundamentais como fundantes do Estado Democrático de Direito instaurado no País, em 1988.

É neste viés constitucional que o trabalho se encerra.

PARTE I
A LINGUAGEM COMO FORMA DE EXPRESSÃO
E INSERÇÃO DO SER NO MUNDO

CAPÍTULO 1

1.1 O USO DA PALAVRA COMO UMA DAS FORMAS DE EXPOSIÇÃO DE IDÉIAS

O ser humano, ao chegar ao mundo, tem uma necessidade vital de comunicação com seu semelhante devendo se inserir no contexto social em que se encontra, sob pena de isolamento e exclusão social. Sai da esfera dos objetos e entra, obrigatoriamente, no mundo simbólico da linguagem, onde tudo agora passa a ter um nome, inclusive, ele mesmo. Nesse momento começa um processo de anulação do ser que não pode mais fugir da linguagem que lhe é apresentada e imposta. O indivíduo, se quiser se inserir no contexto da linguagem, deverá abandonar o mundo das coisas para ter sua própria identidade. Começa um processo de alienação do sujeito.

Neste sentido, a linguagem é o início da construção de uma nova identidade para o sujeito.⁵

"Desde Crátilo de Platão, a linguagem é considerada como instrumento secundário do conhecimento humano."⁶ Crátilo é, praticamente, a primeira obra escrita sobre a filosofia da linguagem e, fundamentalmente, uma discussão crítica sobre a semântica em que duas teses se contrapõem: a) convencionalismo e b) naturalismo⁷.

⁵"A linguagem aliena a criança ao torná-la submissa a um código imposto por outros, um pré-requisito para se adquirir a própria identidade enquanto sujeito." (ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p.33).

⁶OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2001. p.119.

⁷Cf. STRECK, Lenio Luiz (**Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.97), "O naturalismo pelo qual cada coisa tem seu nome por natureza (o logos está na phisys), tese defendida no diálogo por Crátilo; e o convencionalismo, posição sofista defendida por Hermógenes, pela qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, é dizer, não há qualquer ligação das palavras com as coisas."

A pessoa, por sua própria natureza, possui o que se denomina linguagem: é o ser dotado de linguagem⁸. Por isso, ao se deparar com o universo a sua volta logo procurar nominar, através da linguagem, as coisas que encontra, pois o ser humano é acima de tudo um ser de linguagem. Esta é o traço que o distingue dos animais, pois lhe atribui a capacidade de tornar-se um ser individual, social e cultural.

A linguagem como instrumento de significação no mundo é o desejo de encontrar um outro, diferente ou semelhante dele, e de estabelecer com este outro a comunicação necessária para um entendimento⁹ que poderá ou não ocorrer, dependendo do grau de desenvolvimento em que ele se encontrar. A frase *os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo*¹⁰ é significativa para compreender os possíveis desníveis em que podem se encontrar os que fazem parte dessa comunicação, ou seja, o *auditório*¹¹ que nos ouve deve estar no mesmo nível, sob pena de não se alcançar legitimidade no discurso. Contudo, nem sempre é possível referida isonomia, pode-se excluir do debate um determinado segmento social, e é aqui que surge um compromisso ético do operador do discurso.

Os limites estabelecidos pela minha linguagem (isto é, o nosso mundo) permitem dizer como o mundo é, mas não que ele é. O que existe é aquilo que vemos e que já está nominado, é uma totalidade limitada ao que se conhece.¹² Logo, se não conheço não posso pensar, tampouco posso dizer.¹³

⁸HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2003. p.07.

⁹DOLTO, Françoise. **Tudo é linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.xvi.

¹⁰WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Lógico-Philosophicus**. Tradução de: Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3.ed. São Paulo: Edusp, 2001. p.245, item 5.6.

¹¹"Auditório parece ser (sic) a definição do conjunto de pessoas que o orador quer influenciar com a sua argumentação." (CHALITA, Gabriel. **A sedução do discurso: o poder da linguagem nos tribunais de júri**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.104).

¹²NEF, Frédéric. **A linguagem: uma abordagem filosófica**. Tradução de: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p.147.

¹³WITTGENSTEIN, op. cit., p.245.

A base dentro da qual Wittgenstein trabalha é que a linguagem expressa o mundo sobre o qual ela fala e a respeito do qual nos informa, pois para ele *o mundo é a totalidade dos fatos, não das coisas*, ou seja, não é a soma dos objetos existentes no mundo, mas de uma estrutura complexa.¹⁴ Logo, fato é o subsistir dos estados de coisas e o mundo a totalidade dos fatos. Nesse sentido, mundo é a totalidade dos fatos.¹⁵

Por isso Manfredo Araújo de Oliveira diz que a "linguagem é a figuração do mundo"¹⁶. Para Wittgenstein, "a realidade total é o mundo".¹⁷

"Não existe um mundo em si independentemente da linguagem, que deveria ser copiado por ela. Só temos o mundo na linguagem; nunca temos o mundo em si, imediatamente, sempre por meio da linguagem." ¹⁸ Fora dela, linguagem, não há mundo possível. Por isso, o universo e, portanto, os fatos, são limitados pelo uso da linguagem.

A pré-compreensão é necessária para a compreensão, ou seja, para um modo de ser no mundo. ¹⁹ Daí porque, quando o auditório interpreta os *fatos* que lhe são retratados, tal interpretação se funda na possível compreensão que ele venha a ter sobre os fatos.

A questão é: e se não compreendermos (porque não pré-compreendemos), como decidir? Se "a linguagem é totalidade; é abertura para o mundo; é condição de possibilidade e é constituidora do próprio saber. E se sem linguagem não há mundo,

¹⁴OLIVEIRA, op. cit., p.96.

¹⁵OLIVEIRA, op. cit., p.100.

¹⁶OLIVEIRA, op. cit., p.109.

¹⁷WITTGENSTEIN, op. cit., p.143.

¹⁸OLIVEIRA, op. cit., p.127.

¹⁹STRECK, **Jurisdição...**, op. cit., p.201.

enquanto mundo"²⁰, como fazer quando a linguagem, por si só, não for o suficiente para assegurar o ser no mundo, ou seja, a palavra, por si só, não assegurar ao homem a vida como razão do seu existir? Até porque, quando se fala para um auditório determinado e, portanto, se utiliza a linguagem como condição de possibilidade, tem que levar em consideração o outro como ser excluído socialmente.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²¹ ensina sobre a palavra que, por si só, não dá segurança. *In verbis*:

A quimera da "lei que dá conta" diz respeito ao problema – de impossível solução – da segurança jurídica. Não é preciso saber muito sobre a “viragem lingüística” para se ter presente que a palavra não segura nada (não permitindo “o” sentido mas tão-só “um” sentido entre tantos possíveis; tampouco “a” verdade – Toda! –, sempre demais para um humano), justo porque desliza em giros produzidos pelas freudianas condensações e deslocamentos (ou metáforas e metonímias, como queria **Lacan**), motivo bastante para ser levada mais a sério no Direito, o que, de fato, não ocorre. Eis aí a fonte de boa parte do sofrimento de alguns juristas ao se defrontarem com ceguinhos, nefelibatas e catedráticos, como conceituou **Lyra Filho**, mormente em períodos como o atual, onde se manipula discursivamente tudo o que for possível. Os lúcidos, sem embargo, sempre souberam ler nas entrelinhas, de modo a não se iludirem. Bom exemplo são os europeus que viveram sob o jugo de **Hitler** e têm muito a ensinar sobre o assunto: “Le leggi contano fino a un dato punto: anche perfette, restano sulla carta quando nelle midolla pubbliche esplodano appetiti, deliri, fobie; ma dove siano sbagliate, disseminano effetti nefasti.” (CORDERO, Franco. **Criminalia: nascita dei sistemi penali**. Roma-Bari: Laterza, 1986, p. 97). Tradução livre: “As leis contam até um determinado ponto: ainda que perfeitas, restam sobre o papel quando nos miolos que compõem o espaço público explodem apetites, delírios, fobias; mas onde são equivocadas, disseminam efeitos nefastos”.

Destarte, não obstante Wittgenstein ter sido, sem dúvida alguma, um dos filósofos mais influentes desde a segunda década do século XX²², seu mérito está em "ter aberto novos horizontes para a consideração da linguagem humana, embora

²⁰STRECK, **Jurisdição...**, op. cit., p.204.

²¹COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. O absurdo das denúncias genéricas. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Diatética, 2004. p.136 e segs.

²²Wittgenstein nasceu em Viena em 26 de abril de 1889 e morreu em Cambridge em 1951.

sua perspectiva metodológica o tenha impedido de chegar a uma visão sistemática na investigação filosófica da linguagem cotidiana".²³

No júri, como espaço dito democrático, não se pode apenas considerar o consenso alcançado pela comunidade de comunicação, mas sim, principalmente, o compromisso com os afetados, os excluídos sociais.

Para Heidegger, "a linguagem se revela precisamente como a vinculação do homem com o evento do ser", o ser acontece na linguagem, pois ela é a casa do ser, ou seja, "o lugar onde o sentido do ser se mostra"²⁴. A relação entre a linguagem e o ser é de continente e conteúdo, respectivamente. Aquela contém este. É nela que ele ser se manifesta e se expressa.

Na medida em que surgimos no mundo começamos a conhecer os homens e tudo o que está ao seu redor, pois iniciamos o ato de falar, comunicando-nos com nossos semelhantes e, conseqüentemente, acessando o mundo como universo que nos contém. Se somos ser no mundo, a linguagem é nossa morada. Nesse viés, a compreensão de mundo é sempre lingüisticamente interpretada. Por isso, para Heidegger, quando falamos desvelamos o mundo, pois é a partir da linguagem que o homem possui o mundo, ou seja, onde todas as coisas podem encontrar seu lugar.²⁵

Gadamer, estudando a analítica temporal do ser humano em Heidegger, demonstrou que a compreensão não é um modo de comportamento do sujeito, mas uma maneira de ser do eis-aí-ser, pois compreendemos a partir de nossas pré-compreensões.²⁶ A tradição que nos é passada é que tornam possíveis nossos conhecimentos, valores, pré-conceitos, virtudes etc. Por isso, no júri, há uma

²³OLIVEIRA, op. cit., p.147.

²⁴OLIVEIRA, op. cit., p.215.

²⁵OLIVEIRA, op. cit., p.222.

²⁶OLIVEIRA, op. cit., p.225/229.

carga enorme desta tradição que deve ser vista à luz de um compromisso ético do julgador leigo.

A linguagem²⁷ vai agora encontrar em Habermas a tentativa de assimilar a tensão entre facticidade e validade²⁸, demonstrando que tal tensão, inerente à linguagem, imigra desta para o Direito afirmando que no ato de linguagem, isto é, com a fala, procuramos o entendimento "com alguém sobre algo no mundo"²⁹. O conceito de agir comunicativo é ligado com a integração de indivíduos que estão integrados social e comunicativamente. Veja-se:

O conceito de ação comunicativa alude a um tipo de ação (social) mediada pela comunicação. A linguagem é o meio de comunicação que serve ao entendimento, porém, os atores, ao se entenderem entre si para coordenar suas ações, perseguem, cada um, uma determinada meta. De modo que não se trata primariamente de atos de comunicação, mas de um tipo de interação coordenada mediante atos de fala.

Trata-se de um agir orientado para o entendimento porque os planos de agir se baseiam em um acordo que não resulta de influências mas do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade ligadas aos atos de fala.³⁰

Portanto, Habermas parte do pressuposto de que todos os participantes do discurso encontram-se em situação de igualdade no ato de comunicação, entendendo que aquele que age, estrategicamente, a norma jurídica visa estabelecer um limite ao seu arbítrio. Contudo, para aquele que age comunicativamente a norma jurídica vem a ser uma espécie de guardiã objetiva de sua liberdade.³¹

²⁷"A linguagem deve ser uma cópia fiel dos fatos do mundo; a estrutura do próprio mundo, que é a condição de possibilidade de qualquer afiguração. Não é copiável pela linguagem, mas é dada juntamente com ela." (OLIVEIRA, op. cit., p.137).

²⁸HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre factividade e validade. 4.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1. p.25.

²⁹MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.100 e 104.

³⁰VELASCO, Marina. **Ética do discurso**: Apel e Habermas. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2001. p.79.

³¹MOREIRA, op. cit., p.123.

A idéia de comunicação dirigida ao consenso é essencial no pensamento habermasiano, pois o discurso, em Habermas, não é qualquer ação comunicativa, mas um tipo especial: "ação comunicativa reflexiva"³².

O consenso habermasiano só é alcançado pela superioridade do melhor argumento, ou seja, entre os interlocutores há um que possui superioridade intelectual em relação aos outros. Logo, seus argumentos acabam prevalecendo.³³

Habermas afirma que a verdade é produto do consenso entre os interlocutores do discurso que possuem como pano de fundo a situação ideal de fala.³⁴

Em outras palavras, em uma visão habermasiana do júri, a chamada verdade envolve uma questão com a qual não se pode transigir e aqui haverá um problema na Teoria Consensual da Verdade³⁵: com liberdade e vida não se pactua consensualmente, pelo menos enquanto eticamente considerados.

A linguagem usada diante de determinado auditório, ou seja, as *condições de possibilidade* da significação podem não ser idênticas, como não são. Aqueles

³²MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003. p.169.

³³O jurado João Lourenço Sardemberg denunciou que a votação sobre um dos quesitos tinha sido concluída em sete votos contra o réu e cinco a favor. Com esse resultado, o réu não podia ser condenado à morte, porque a pena máxima exigia um mínimo de dois terços dos votos em todos os quesitos. Alguém teria tentado convencer um dos jurados a mudar seu voto, mas o homem disse que não mudaria, porque, se o fizesse, seriam atingidos os dois terços do único quesito que não tinha essa maioria – assim, o réu poderia ser condenado à morte (e esse jurado, por qualquer tipo de convicção moral ou religiosa, não queria permitir isso). A pessoa, então, garantiu-lhe que os dois terços previstos na lei não seriam alcançados com oito votos contra o réu, mas apenas com nove ou mais votos. Assim persuadido, o jurado mudou seu voto e, com essa mudança, foi possível, afinal, mandar Flor para o patíbulo. Essa irregularidade legal se somaria a tantas outras e nunca seria reconhecida nos recursos aos tribunais superiores." (MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu**: a história e o romance de um condenado à morte. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1999. p.218).

³⁴A situação ideal da fala é uma "comunidade argumentativa ideal" porque ela representa o somatório de todos os seres racionais." Para Habermas, "o que importa é a intersubjetividade comunicacional, a mediação lingüística ética entre sujeitos" (MONTEIRO, C. S., op. cit., p.174).

³⁵OLIVEIRA, op. cit., p.317. "Em qualquer discurso, pressupomos (...) uma situação de linguagem ideal. A situação de linguagem ideal se caracteriza pelo fato de que qualquer consenso atingido sob suas condições deve, por si mesmo, valer como verdadeiro consenso".

que, de certa forma, não podem dizer porque não podem pensar e, nesse contexto, estão excluídos do processo de integração social, por não se encontrarem no mesmo nível do operador do discurso, pois "a argumentação refere-se aos raciocínios persuasivos, cuja validade é restrita a auditórios particulares, não pretendendo adquirir a universalidade da demonstração"³⁶.

Ora, essas normas que estabelecem o uso da linguagem no tribunal do júri, segundo Moreira³⁷ (embora o autor não esteja se referindo ao tribunal popular, mas às normas em geral), podem ser modificadas quando vierem a ser derogadas por passar a não representar a vontade legítima do povo, mas sim quando representarem a vontade geral e não à vontade de todos.

Por isso, Rosenfeld³⁸ analisando o conflito entre o eu (*self*) e o outro, tem-no como deslocado, mas não superado e cita Rousseau:

Na concepção de Rousseau, a vontade geral não é nem a vontade do indivíduo, nem a da maioria. Ao contrário, tal como Rousseau a vê, a vontade geral é a soma das diferenças entre as vontades individuais, ou o "acordo de todos os interesses" que "é produzido pela oposição recíproca de cada um com os demais".

É possível questionar, portanto, a validade dessas normas jurídicas se elas não atendem ao interesse geral de uma sociedade, razão pela qual, no tribunal do júri, há que se perquirir a legitimidade da regra da incomunicabilidade do conselho de sentença³⁹ na medida em que ela impede a discussão ampla, geral e irrestrita dos fatos que são debatidos pelas partes, em plenário. Ou seja, a ausência de comunicação entre os jurados.

A linguagem no júri deve ser vista sob um enfoque da ética e não do consenso, pois não pode haver consenso quando há vida e liberdade em jogo, pelo

³⁶CHALITA, op. cit., p.73.

³⁷MOREIRA, op. cit., p.143.

³⁸ROSENFELD, op. cit., p.39.

³⁹Arts. 458, § 1.º; 497, VII; 564, III, j, todos do CPP.

menos enquanto se estiver compromissado com o outro como ser igual a nós, por sua diferença.

Para tanto, vale acompanhar a reflexão de Henrique Dussel ao analisar a linguagem que envolve vida e liberdade, não sem antes se entender o que chama de o outro em seu *Método*⁴⁰.

Dussel faz uma abordagem crítica construtiva da filosofia européia chamando atenção para os povos pobres da América Latina em relação às oligarquias dominadoras, ou seja, Habermas (e outros filósofos do mundo europeu) fala para o povo alemão, Europa, e não para a periferia pobre dominada. Logo, deve-se ter em mente que há uma especificidade na América Latina que não pode ser desconsiderada.

Tratar o outro, como ser igual, é um comportamento ético do filósofo, ou seja, trata-se de um compromisso moral que não pode ser abandonado, nem descumprido.

Dussel afirma:

A filosofia latino-americana é um novo momento da história da filosofia humana, um momento analógico que nasce após a modernidade européia, russa ou norte-americana, mas antecedendo a filosofia africana e asiática pós-moderna que constituirão conosco o próximo futuro mundial: a filosofia dos povos pobres, a filosofia da libertação.

A Europa não aceita essa nova posição. Não quer aceitá-la.

A Europa (e seus prolongamentos culturais dominadores) não sabe ouvir a voz do outro: da América Latina, do mundo árabe, da África negra, da Índia, China ou do Sudeste asiático.⁴¹

Não quer Dussel desconsiderar a importância da filosofia européia, mas chamar a atenção para uma nova posição que se deve ter em se tratando de uma comunidade periférica, explorada e sacrificada pelas Nações dominantes. As consequências humanas desse processo de exclusão social, política e econômica nessas nações são catastróficas, pois é cediço que a globalização traz efeitos

⁴⁰DUSSEL, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação**. São Paulo: Loyola, 1986.

⁴¹DUSSEL, **Método...**, op. cit., p.211.

positivos para países como os **EUA** e a **França**, por exemplo⁴². Mas, se se olhar para a periferia, como Angola, Congo e Namíbia, o resultado será diferente. Razão pela qual, na linguagem de Dussel, que a *vítima*⁴³ não pode ser esquecida, sob pena de ausência de legitimidade dos atos que governam a vida dela.

Por isso Dussel indaga:

Como se sabe que a necessidade X determina a exigência ética de convocar o afetado para a discussão? Acham-se os afetados convocados em situação simétrica? Quem ou com que critério ético descobre essas necessidades e com que princípio se produz o processo que culmina na simetria? Estes e muitos outros problemas materiais, Habermas os deixa por resolver.⁴⁴

Aqui, nesta passagem, critica a ética do discurso Habermasiano. A ética do discurso é perigosa porque exclui as vítimas, pois não obstante haver um *consenso* não tem apoio em uma ética de conteúdo formal, ou seja, a vida humana em toda sua essência e nos seus principais aspectos: da produção (da vida humana); da sua reprodução e do seu desenvolvimento. Logo, a análise da globalização não pode ser feita para o centro do *umbigo* norte-americano, mas sim para os países que se encontram em situação econômica, social, política e cultural diferenciada na periferia e, em decorrência, que irão sofrer diretamente as conseqüências do mundo globalizado.

Atualmente, os países que estão fora da tecnologia globalizada permanecem dentro de certos limites territoriais e impedidos de gerarem significados comunitários,

⁴²"A globalização deu mais oportunidades aos extremamente ricos de ganhar dinheiro mais rápido. Esses indivíduos utilizam a mais recente tecnologia para movimentar largas somas de dinheiro mundo afora com extrema rapidez e especular com eficiência cada vez maior. Infelizmente, a tecnologia não causa impacto nas vidas dos pobres do mundo. De fato, a globalização é um paradoxo: é muito benéfica para muito poucos, mas deixa de fora ou marginaliza dois terços da população mundial." (BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as conseqüências humanas. Tradução de: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p.79).

⁴³"Nesta Ética, o Outro não será denominado metafórica e economicamente sob o nome de pobre. Agora, inspirando-nos em W. Benjamim, o denominarei "a vítima" – noção mais ampla e exata." (DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão social. Tradução de: Ephraim Ferreira Alves e outros. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p.17).

⁴⁴DUSSEL, **Ética**..., op. cit., p.196.

ou seja, confinados não se comunicam e nem geram produção de riqueza entre eles, até porque estão excluídos dela. São países que fornecem a riqueza aos outros quando emprestam, por exemplo, sua mão-de-obra barata⁴⁵, suas terras, sua matéria-prima etc.

No mesmo diapasão, os *outros* países, os que estão incluídos no sistema globalizado, garantem sua extraterritorialidade de uma forma material, qual seja: tornam-se fisicamente inacessíveis aos excluídos do processo globalizado por não terem estes a senha de entrada.

Com isso, os espaços urbanos onde todos se encontravam, discutiam, debatiam, concordavam ou não, expunham suas idéias, enfim, trocavam informações foi radicalmente diminuído o que, por si só, causa uma certa exclusão social, econômica, cultural e política, permitindo, inclusive, o nepotismo e a ditadura. Para as elites, tal isolamento é benéfico, mas para os outros surge um afastamento forçado e penoso. É pago um preço cultural, psicológico e político muito alto.⁴⁶

Dussel, citando Marx, afirma:

Marx dizia que a história de toda a sociedade até nossos dias não foi senão a história das lutas de classes.

Se é verdade que as diferentes classes lutam, e se é verdade que o proletariado de nações de um mesmo tipo pode se unir, também é verdade que Marx não pôde considerar um duplo aspecto essencial para América Latina: em primeiro lugar que há nações do centro ou imperiais e outras dependentes e por isso subdesenvolvidas, e, em segundo lugar, que existe uma exterioridade do mundo capitalista burguês que pode saltar, sem mediação de um capitalismo desenvolvido, de uma sociedade primitiva ou tradicional para um sistema pós-capitalista.⁴⁷

⁴⁵"O próprio termo 'desempregado', pelo qual os que não podem ganhar o próprio sustento costumavam ser descritos transformou-os na exceção proverbial que confirma a regra – reafirmando, obliquamente, o princípio de que 'estar empregado' é a norma que a situação de "estar sem trabalho" está transgredindo. Os 'desempregados' eram o 'exército de reserva de mão de obra'" (BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Tradução de: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p.50).

⁴⁶Cf. a obra de BAUMAN, **Globalização...**, op. cit.

⁴⁷DUSSEL, **Método...**, op. cit., p.241.

Dussel vem concluir em seu Método que a filosofia na América Latina é latino-americana, ou seja, não se pode pensar filosoficamente senão por meio da práxis latino-americana e não européia,⁴⁸ pois a proposta latino-americana é e deve ser diferente do mundo europeu que é um mundo com realidade política, econômica, cultural diferentes da latina. Logo, os argumentos usados para persuadir no tribunal do júri devem levar em consideração que a filosofia da linguagem deve inserir em seu contexto a realidade latina e não a européia. Em outras palavras, preocupar-se com o processo de libertação ética do homem e não seu aprisionamento geográfico. O mundo latino não é globalizado e sim excluído social, política, cultural e economicamente.

A vida é o compromisso principal do operador social do direito e, por obviedade, não pode ser transacionada em um balcão de negócios mediante a chamada doutrina consensual da verdade habermasiana.

O problema habermasiano é a forma de se alcançar o consenso moral identificando verdade com validade. Por isso, Dussel, compromissado com a Ética da Libertação, vem afirmar que:

A vida é a condição absoluta e o conteúdo constituinte da realidade humana impondo-se-nos mantê-la, defendê-la, conservá-la, face nossa responsabilidade comunitária.

O respeito e re-conhecimento do outro como outro é o momento ético originário por excelência que estamos analisando, o suposto em toda explicação ou todo assentimento livre (sem coação) diante do argumentar do outro. Porque respeitar a dignidade e reconhecer o sujeito ético do novo outro é o ato ético originário racional prático, pois é dar lugar ao outro para que intervenha na argumentação não só como igual, com direitos vigentes, mas como livre, como outro, como sujeito de novos direitos.

A diferença entre a Ética do Discurso e a Ética da Libertação é a seguinte: a primeira parte da própria comunidade de comunicação; a segunda, dos afetados excluídos dessa comunidade: as vítimas da não comunicação.

A Ética da Libertação se situa justamente na situação excepcional do excluído, isto é, no momento mesmo em que a Ética do Discurso descobre os próprios limites.⁴⁹

⁴⁸DUSSEL, **Método...**, op. cit., p.247.

⁴⁹DUSSEL, **Ética...**, op. cit., p.211 e 418.

Nesse sentido, não há validade no discurso utilizado perante o tribunal do júri se não o utilizá-lo com ética, ou seja, se o outro não for visto como um ser igual a nós, na sua diferença, e que é desprovido dos mecanismos necessários para uma perfeita inserção social. O consenso obtido com a linguagem compromete, ou pode comprometer, a vida e, portanto, não serve como instrumento de realização de justiça. É antiético, carece de legitimidade e não encontra harmonia com o texto constitucional, pois transforma a coação estatal em violência ao perder legitimidade. "A coação legítima é ética na medida em que se exerce cumprindo com as exigências dos princípios material, formal, discursivo e de factibilidade ética: que se garanta a vida de todos os afetados, que participem simetricamente nas decisões de mediações factíveis eticamente."⁵⁰

Ferrajoli, prelecionando sobre o *papel do juiz e a legitimação democrática de sua independência*, não deixa margem à dúvida quanto ao poder exercido pela maioria quando se leva em linha de conta a questão do consenso, *in verbis*:

*Ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso, o falso lo que es verdadero, ni, por tanto, legitimar con su consenso una condena infundada por haber sido decidida sin pruebas. Por eso me parecen inaceptables y peligrosas para las garantías del justo proceso y, sobre todo, del proceso penal las doctrinas <<consensualistas>> y <<discursivas>> de la verdad que – nacidas en el contexto de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn), o la filosofía moral o política (Habermas) – algunos penalistas y procesalistas querrían importar ahora en el proceso penal, quizá para justificación de esas instituciones sobre la pena. Ningún consenso puede valer como criterio de formación de la prueba.*⁵¹

⁵⁰DUSSEL, *Ética...*, op. cit., p.545.

⁵¹FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: La Ley Del Más Débil**. Tradução de: Perfecto Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 1999. p.27.

1.2 A DEMOCRACIA COMO EXERCÍCIO DO PODER.

É cediço por todos a famosa frase de *Lincoln* quando se refere ao exercício do poder, na democracia: "governo do povo, pelo povo e para o povo"⁵². A Constituição de 1988 estabeleceu uma ordem normativa da qual não se pode afastar e sem a qual não haverá democracia possível, pois o exercício da cidadania é fundamento do Estado Democrático de Direito. Não há democracia possível sem que o indivíduo possa exercer, plenamente, seus direitos constitucionais. Do contrário, o exercício do poder falece de legitimidade.

O princípio democrático é uma forma⁵³ de vida e, conseqüentemente, de legitimação do poder, pois no viés dusseniano com o qual se está trabalhando não se pode abrir mão do elemento vida, no exercício do poder; e se o poder é exercido sem se fundar, ou melhor, sem estar compromissado com esse elemento, falece de legitimidade.

Os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático e se a vida e a liberdade integram esses direitos, qualquer ato atentatório deles está eivado de inconstitucionalidade, se não o for dentro do princípio democrático. Logo, no tribunal do júri há que se perquirir se a *decisão*

⁵²Art. 1.º da CR - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁵³CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.282.

*democrática*⁵⁴ do conselho de sentença foi fruto do embate ético lingüístico. Por isso, Canotilho vai dizer: "os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral)".⁵⁵

A contribuição de cada cidadão, integrante do conselho de sentença, na decisão judicial é fruto, portanto, do modelo constitucional escolhido no país,⁵⁶ que deve ter um comprometimento ético, pois é puro exercício do poder que, para ser legítimo, deve estar fundado no respeito aos direitos e às garantias fundamentais que inclui a necessária e inafastável fundamentação da decisão do conselho de sentença. Não há mais espaço, no ordenamento jurídico brasileiro, para se olhar o júri sem que haja a transparência da decisão do conselho, ou seja, sua fundamentação, sua racionalidade, pois as garantias constitucionais são exatamente as técnicas previstas no ordenamento para diminuir a distância existente entre normatividade e efetividade possibilitando, conseqüentemente, a máxima eficácia dos direitos fundamentais.⁵⁷

Na medida em que a Constituição assegura ao acusado a fundamentação de toda e qualquer decisão judicial por se tratar, exatamente, de transparência dos atos do Estado, de visualização pública do poder exercido em nome da sociedade,

⁵⁴Aury Lopes Jr. faz ferrenha crítica à chamada *instituição democrática* do júri alegando que: "sete leigos, aleatoriamente escolhidos, participarem de um julgamento é uma leitura bastante reducionista do que seja democracia. A tal 'participação popular' é apenas um elemento dentro da complexa concepção de democracia, que, por si só, não funda absolutamente nada em termos de conceito. Democracia é algo muito mais complexo para ser reduzido na sua dimensão meramente formal-representativa" (LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.139). Contudo, vai se passar o júri no filtro axiológico da Constituição e dar-lhe uma visão ética libertadora e defender, aí sim, seu perfil democrático.

⁵⁵CANOTILHO, **Direito**..., op. cit., p.285.

⁵⁶Art. 1.º parágrafo único c/c art. 5.º, XXXVIII, c, c/c 93, IX, todos da CR.

⁵⁷Cf. FERRAJOLI, **Derechos y Garantías**..., op. cit., p.25.

não pode a lei processual penal⁵⁸ ter validade perante a Carta Magna. Até porque se trata de um texto legal fruto do autoritarismo *varguista* em que a censura e o silêncio eram o norte de sua ideologia política, não havendo espaço político, hoje, para tal comportamento e justificação, sob pena de se admitir uma função estatal sem transparência.

Contudo, para a decisão do conselho de sentença ser democrática se precisa muito mais do que ser por maioria. Neste sentido, assiste razão a Aury Lopes Jr., quando refuta a idéia de democracia no júri pelo simples fato de ser formal representativa. A questão envolve a representatividade dos jurados + fundamentação da decisão + comunicabilidade do júri + quórum da decisão + compromisso ético com a liberdade.⁵⁹

Entretanto, não se pode esquecer que o júri nasce exatamente para retirar das mãos do déspota o poder de decidir a vida dos nobres, dando a estes a legitimidade para julgar-se entre si. Eram os nobres julgando os nobres, ou seja, julgados entre seus pares.

Democracia é definida como sendo uma técnica de convivência orientada na solução não violenta dos conflitos,⁶⁰ razão pela qual, se a decisão dos jurados é democrática, devem ter como seu limite as balizas da Constituição.

⁵⁸Art. 464 do CPP. Formado o conselho, o juiz, levantando-se, e com ele todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: *"Em nome da lei, concito-vos a examinar com imparcialidade esta causa e a proferir a vossa decisão, de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça."* Os jurados, nominalmente chamados pelo juiz, responderão: *"Assim o prometo"* (sem grifos no original).

⁵⁹A Suprema Corte norte-americana decidindo o caso *Burch v. Louisiana*, 1979, sentenciou sobre a inconstitucionalidade dos veredictos de cinco votos contra um nas causas penais de jurisdição estadual, pois os tribunais do júri compostos com menos de doze integrantes são menos representativos.

⁶⁰FERRAJOLI, Luigi. **El Garantismo y la Filosofía del Derecho**. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2000. p.92.

Não há dúvida, portanto, de que há no júri expresso exercício de poder que, como tal, deve ser democrático, sob pena de invalidar a decisão dos jurados. Logo, não basta a decisão ser apenas por maioria; ela tem que estar comprometida com a liberdade do outro, ou seja, deve haver um compromisso ético, na decisão, que somente será alcançado pela plena comunicação entre o conselho de sentença e sua necessária fundamentação.

1.3 A CENSURA COMO LIMITAÇÃO DOS SENTIDOS.

Ao tratar do elemento censura, visando à castração de idéias, tem-se como objetivo tratar do rompimento da ordem constitucional vigente com endurecimento do regime e, conseqüentemente, limitação do poder de julgar, ou manipulação positivista dos textos legais. Em uma ditadura, uma das primeiras providências no campo jurídico é engessar o ator jurídico com um novo código penal, ou processual penal, ou ainda, elaborar leis casuisticamente, sejam duras ou não, mas sempre visando aos interesses do regime em vigor.⁶¹

Exemplo marcante dentre outros, no sistema jurídico, da utilização de um cérebro a serviço de um regime ditatorial, de exclusão e eliminação de todos aqueles que se voltaram contra o governo é a obra de Edmund Mezger⁶², jurista suíço que serviu ao regime nazista do nacional – socialista. Mezger se tornou, pelos seus estudos, o penalista mais importante de sustentação do regime nacional socialista, extremamente racista, de Hitler, ao defender a tese, por exemplo, da *culpabilidade*

⁶¹Vide Decreto-Lei n.º 167, 05 de janeiro de 1938; Código Penal de 1940; Código de Processo Penal de 1941; Lei n.º 5.941/73 (Lei Fleury) e Lei n.º 8.072/90 (chamada Lei dos Crimes Hediondos).

⁶²"Edmund Mezger, nasceu em 15 de outubro de 1883, em Basiléia, Suíça, integrante de uma família alemã de Wüttemberg. Em 1931 publicou a 1.ª edição de seu Tratado de Direito Penal. Foi nomeado Chancellor do Reich Adolfo Hitler." (cf. CONDE, Francisco Muñoz. **Edmundo Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Tradução de: Paulo César Busato. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p.38/39).

*pela condução da vida*⁶³. Era defensor também da tese da *inimizade jurídica*, ou seja, quando o autor mostra com seu fato uma atitude total que é incompatível com um *são* sentimento do justo e do injusto.⁶⁴ Nesse caso de *inimizade jurídica*, os indivíduos que possuísem defeitos no aprendizado e dificuldades de amoldarem-se ao estilo de vida deveriam ser castigados com a pena do delito doloso se não tivessem, no momento de cometer o fato, uma representação correta e atual do caráter proibido de seu agir. O regime penal defendido por Mezger estabelecia pena de morte para delitos de *ações homossexuais, aborto e ultraje à raça*. Este último crime levou a punição à pena de morte um cidadão judeu de nome *Katzenberger* por ter mantido relação sexual com uma mulher alemã casada⁶⁵, ou seja, puro adultério⁶⁶.

Na Polônia, ocupada pela Alemanha, criou-se um Direito Penal específico para o País pelo qual uma mulher polaca foi condenada a pena de morte por ter agredido, com uma bolsa, o rosto de uma mulher alemã. A Constituição brasileira de 1937 inspirou-se na Polônia, por isso chamada de “A Polaca”, e, por via de consequência, o Código de Processo Penal brasileiro foi elaborado com base na Constituição de 1937.

Para Mezger, defensor, por meio do Direito Penal, do nazismo, a função da pena deve ser a *eliminação dos elementos daninhos ao povo e à raça*, propondo, inclusive, medidas de higiene racial para a eliminação das *ralés criminosas*, pois as

⁶³A fundamentação teórica (de sua nova teoria sobre o erro de proibição) vem da culpabilidade pela condução da vida... A culpabilidade do autor não só existe na culpabilidade pelo fato, senão também na 'atitude' que o autor manteve no transcurso da sua vida passada em relação ao Direito em sua totalidade" (CONDE, **Edmund Mezger**..., op. cit., p.76).

⁶⁴CONDE, **Edmund Mezger**..., op. cit., p.76.

⁶⁵CONDE, **Edmund Mezger**..., op. cit., p.32.

⁶⁶A Lei n.º 11.106/05 revogou, no Brasil, o crime de adultério.

leis que ajudou a elaborar no nacional socialismo hitleriano eram baseadas na superioridade da raça ariana e na pureza do sangue.⁶⁷

O professor Luiz Alberto Machado, prelecionando sobre as Escolas e outras tendências no Direito Criminal, ensina sobre o autoritarismo no Direito Criminal:

Em oposição ao Direito Penal democrático-liberal, o Direito Penal autoritário é a negação de um, ou de todos, os caracteres daquele; sirvam de exemplo de Direito Penal autoritário o da Rússia, o da Alemanha nazista e o da Itália fascista. No direito penal alemão a igualdade foi afastada pela distinção entre arianos e não arianos e, mesmo entre os arianos, pelo estabelecimento do Direito Penal da vontade (Schuldsstrafrecht) em contraposição ao Direito Penal da conduta: a vontade deveria ser perquirida na mente, antes da sua manifestação.⁶⁸

No mesmo sentido, o Brasil não ficou fora desse sistema ditatorial de elaboração de textos legais que tivessem como objetivo a sustentação legal do regime, sabedor que era Vargas de que o Direito e o Processo Penal são as armas mais poderosas e terríveis de que pode dispor o governo para manipulação e exclusão da massa, razão pela qual a exposição de motivos do Código de Processo Penal, elaborada pelo Ministro Francisco Campos, é significativa, *in verbis*:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo a expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este é o critério que presidiu a elaboração do presente projeto de Código.

⁶⁷"Não foi difícil para o nazismo lançar mão dessas categorias e pela culpabilidade pela condução da vida de Mezger. Deriva daí a procedência da conclusão de que o nazismo não efetuou uma ruptura, mas sim foi a continuação da política criminal conservadora do regime de Weimar, concretizando a histórica ideologia antiliberal alemã. Este processo, que transparentemente se percebe no caso alemão, se repete, com diferenças conjunturais, em quase todos os países que experimentaram ditaduras." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro I**. Tradução de: Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.137).

⁶⁸MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. São Paulo: RT, 1987. p.35.

Caso emblemático da ditadura varguista foi o da Olga Benário⁶⁹, mulher de Luis Carlos Prestes, o líder da chamada *Coluna Prestes*. Olga, responsável inicialmente pela segurança de Prestes de Moscou para o Brasil acabou, durante a viagem, se apaixonando por ele e vice-versa. No Brasil, objetivando instalar o comunismo no País, tentaram um golpe que ficou conhecido como a *intentona comunista*, porém foram presos pela força policial de Felinto Muller, um ex-integrante da Coluna Prestes, que foi expulso por ser acusado de covardia e corrupção. A tortura era largamente utilizada no governo Vargas, tanto que Arthur Ewert, membro da Aliança Nacional Libertadora, foi torturado com um ferro quente enfiado na uretra.⁷⁰

Presos Olga Benário e Luis Carlos Prestes, Getúlio queria deportá-la para a Alemanha, mas a lei brasileira não permitia, pois Olga esperava um filho de Prestes. O governo de Vargas queria ser simpático a Hitler ao lhe entregar Olga e vários foram os protestos internacionais contra deportação dela que, a apesar de tudo, foi entregue à Gestapo (Polícia secreta de Hitler). A filha de Olga e de Prestes, Anita Leocádia, nasceu em 27 de novembro de 1936, numa prisão alemã, em um

⁶⁹Olga Benário nasceu em Munique, Alemanha, no dia 12 de fevereiro de 1908, descendente de uma família judia alemã. Filha de Leo Benário, um advogado social democrata, e de Eugénie Gutmann, uma dama da alta sociedade de Munique que não aceitava a opção política da filha. Vivenciando o exemplo do pai, que se dedicava às causas trabalhistas dos operários atingidos pela crise que se instalou no país, Olga tomou contato com idéias liberais avançadas.

⁷⁰Arthur Ewert, que adotava o pseudônimo de Harry Berger, não podia ficar em pé na cela, pois era muito alto. Dormia numa esteira, não tomava banho, nem fazia a barba, pois as condições de higiene da cela não permitiam. Todos os dias era brutalmente torturado pela polícia de Felinto Muller chegando este, inclusive, a estuprar a mulher de Arthur Ewert (Elise Ewert) na sua frente para aterrorizá-lo. O advogado de Arthur, Heráclito da Fontoura Sobral Pinto, chegou a evocar em favor de Arthur, ironicamente, a Lei de Proteção dos Animais para que ele pudesse ter direito a uma cama e a banho. Tudo em vão. Posteriormente, a mulher de Arthur, Elise Ewert, foi brutalmente torturada e violentada pelos agentes de Felinto Muller, sendo deportada para Alemanha junto com outras prisioneiras, para o campo de concentração nazista (cf. MORAES, Dênis de. **Prestes: lutas e autocríticas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1997. p.109).

campo de concentração nazista. Tempos depois, Olga fora executada numa câmara de gás. Tudo graças à ação do governo brasileiro na pessoa de Getúlio Vargas.⁷¹

É nesse ambiente que nasce o projeto de processo penal apresentado por Francisco Campos, Ministro da Justiça e Negócios Interiores de Getúlio Vargas, não sem antes, em abril de 1935, Vargas ter um motivo para aprovar a Lei de Segurança Nacional e legitimar suas ações, julgando aqueles que chamava de *comunistas*, muitos, em verdade, opositores do seu regime fascista, mas sem ideologia comunista. Tratava-se de mera resistência a um regime de força que era imposto ao País.

O Processo Penal brasileiro, portanto, é "de corte nitidamente autoritário, pois inspirado na reforma do Código de Processo Penal italiano realizada por Rocco (Ministro da Justiça de Mussolini), optando pela minimização dos direitos e garantias fundamentais, e adotando um modelo processual de corte nitidamente inquisitivo".⁷²

Por tal razão, tratar-se-á aqui de dois rompimentos constitucionais: 1937 (Estado Novo rompendo com a ordem constitucional de 1934) e 1964 (Ditadura Militar rompendo com a ordem constitucional de 1946: fim da Era Vargas), tudo visando entender a questão da censura, que não é objeto apenas dos governos totalitários.

A questão do silêncio imposto pelas ditaduras deve ser vista pela manipulação dos sentidos, pois o que se proíbe é um sentido diferente daquele que é imposto pelo regime em vigor; não obstante a palavra ser permitida, mas não o é com o

⁷¹"O totalitarismo no poder usa a administração do Estado para o seu objetivo a longo prazo de conquista mundial e para dirigir as subsidiárias do movimento; instala a polícia secreta na posição de executante e guardião da experiência doméstica de transformar constantemente a ficção em realidade; e, finalmente, erige campos de concentração como laboratórios especiais para o teste de domínio total." (ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p.442).

⁷²CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris e ITEC, 2005. p.84.

sentido que se quer dar. Nesse caso, procura-se expressar da forma que é permitida dizendo o que se quer dizer, mas com um significado diferente.⁷³

Logo, nem sempre a expressão verbal significa ausência de silêncio, manifestação de sentidos, pois "há silêncio nas palavras, elas produzem silêncio"⁷⁴. O próprio ato de falar exclui o que não foi dito, pois quando se diz algo – porque se elegeu para dizer – o que não foi dito vem em forma de silêncio, mas está em determinado lugar com seu significado.

A linguagem, expressada através do silêncio, é significativa: há sentido no silêncio! Por isso se diz que ele (silêncio) "é fundante, matéria significativa por excelência; é a realidade do discurso".⁷⁵

"A linguagem é passagem incessante das palavras ao silêncio e do silêncio às palavras."⁷⁶

O silêncio no júri faz surgir o que há de pior na teoria da culpabilidade, ou seja, o direito penal do autor e não do fato, pois o que se leva em consideração é a personalidade do agente, seus sintomas que devem ser corrigidos do "mesmo modo que se corrige uma máquina que funciona mal"⁷⁷. Tanto que a todo instante o Código de Processo Penal faz questão da presença do acusado, durante a instrução e em plenário do júri⁷⁸, não permitindo que ele seja julgado à revelia quando se tratar de crime doloso contra a vida inafiançável. O pensamento de que o comparecimento

⁷³"Não podemos esquecer, igualmente, que a tendência de qualquer discurso autoritário é estabelecer-se como universal, negando o pluralismo, o localismo e o multiculturalismo – valores tão caros aos pensadores da teoria crítica dos Direitos Humanos." (CARVALHO e CARVALHO, op. cit., p.91).

⁷⁴ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 5.ed. Campinas (SP): Unicamp, 2002. p.14.

⁷⁵ORLANDI, op. cit., p.31.

⁷⁶ORLANDI, op. cit., p.72.

⁷⁷ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. **Manual de direito penal brasileiro**. 4.ed. Rio de Janeiro: RT, 2002. p.118.

⁷⁸Cf. arts. 413; 414; 451, § 1.º; 480, todos do CPP.

do réu seria inerente ao exercício da autodefesa do cidadão acusado não pode justificar a obrigatoriedade de o réu comparecer em juízo, pois se a defesa técnica entender por bem que o réu não deve comparecer, ou que quer ele permanecer em silêncio, não faz sentido tal obrigatoriedade. O réu iria comparecer em juízo para dizer que quer permanecer em silêncio. O direito ao silêncio traz como consequitário lógico o direito de não comparecer em juízo, desde que cientificado para tal.

Nesse sentido, o silêncio imposto no júri impede que se possa obter a fundamentação necessária e a democratização das decisões judiciais.

No júri, os jurados não falam, mas "não estão apenas mudo, estão em silêncio: há o 'pensamento' a introspecção, a contemplação"⁷⁹, a oitiva da fala dos atores jurídicos, a observação dos aspectos físicos e sociais do réu, trata-se de um julgamento muito mais social do que jurídico. Em regra, somos nós contra os outros.

1.3.1 A Censura no Governo Vargas

Não demoraria muito e o mundo assistiria a uma ascensão das idéias totalitárias e autoritárias que ganhavam força na Europa: Benito Mussolini, na Itália fascista, em 1922; Josef Stalin, na União Soviética, em 1924, e Adolph Hitler, na Alemanha nazista, em 1933; além de Portugal ser governado por um regime totalitário de António Oliveira Salazar, em 1933; e o General Francisco Franco sufocar a democracia na Espanha. Era a chegada, avassaladora, da repressão pelos quatro cantos do mundo.

Getúlio Vargas sentiu-se autorizado pela ordem mundial e pelas várias crises políticas e econômicas que ocorreram, a fazer o mesmo no Brasil, instituindo a ditadura brasileira, em 10 de novembro de 1937, destacando-se como principais motivos: as paralisações nos transportes, nas comunicações e nos bancos; a edição da Lei de Segurança Nacional, em 4 de abril de 1935; a tentativa de golpe da

⁷⁹ORLANDI, op. cit., p.37.

Internacional Comunista em 1935, com a criação, pelo governo de Vargas, do Tribunal de Segurança Nacional e o chamado Plano Cohen (um plano de insurreição comunista datilografado no Ministério da Guerra pelo oficial integralista, Cap. Olímpio Mourão Filho⁸⁰. Como consequência do Plano, Vargas aprovou no Congresso a supressão das garantias constitucionais e estabeleceu o estado de guerra).

Era a iminência do Golpe.

Neste sentido é que surge o Golpe de 1937, que embora tenha significado uma ruptura com a ordem constitucional, não representou uma mudança abrupta, repentina, mas sim a consolidação de um processo lento de fechamento e repressão que já estava sendo elaborado com apoio de intelectuais, políticos civis e militares, desde que Vargas chegou ao poder, após a derrubada de Washington Luís, em 1930. Era um processo de silenciamento violento, instituído politicamente.

O Levante Comunista⁸¹, de novembro de 1935, foi o marco inicial decisivo para explicar a instauração do Estado Novo, pois comunistas da *Aliança Nacional Libertadora*, liderados por Luis Carlos Prestes⁸², reunidos nos quartéis do Exército no Rio de Janeiro, Natal e no Recife se voltaram contra a política de Vargas visando instituir no País um *governo popular e revolucionário*. Era uma ameaça ao governo Vargas e não apenas um pretexto para o Golpe de 1937. Nasce, no Estado, o anticomunismo.

Para conter essa *onda comunista nacional* Vargas estabelece um maior rigor e pressão nas prisões do País, protagonizando um dos casos mais emblemáticos citado acima, que foi a prisão e tortura do comunista alemão Harry

⁸⁰O mesmo que iria, em 1964, agora como General, articular o Golpe de Estado que derrubaria o Presidente da República civil João Goulart.

⁸¹O plano levou o nome de Intentona Comunista por significar um intento louco, um plano insano.

⁸²Prestes era ex-militar e pessoa de confiança do PC Soviético no Brasil.

Berger (Arthur Ewert), que ficou insano mentalmente em decorrência das torturas que sofreu no cárcere.

Durante o Estado Novo⁸³ Vargas estabeleceu uma série de leis visando a julgamentos sumários e à prisão de todos os comunistas, bem como a criação de uma polícia nacional que pudesse agir em todo o território nacional (fazendo com que prescindisse do Exército) e lhe dando maior mobilidade à repressão.

Estabelecidos o terror, o medo e o silêncio, o ambiente fica propício para a produção dos textos legais que vão normatizar e legitimar a ditadura. É exatamente sob a égide da *Constituição Polaca*⁸⁴ que vem o Decreto-Lei n.º 167/38 e, posteriormente, o Código de Processo Penal disciplinando o Tribunal do Júri.

Michel Foucault analisando as relações existentes entre o direito e o poder assevera que:

Nas sociedades ocidentais, e isto desde a Idade Média, a elaboração do pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder régio. Foi a pedido do poder régio, foi igualmente em seu proveito, foi para servi-lhe de instrumento ou de justificação que se elaborou o edifício jurídico de nossas sociedades. O direito no Ocidente é um direito de encomenda régia. Todos conhecem, claro, o papel famoso, célebre, repetido, repisado, dos juristas na organização do poder régio.

(...)

O personagem central, em todo o edifício jurídico ocidental, é o rei. É do rei que se trata, é do rei, de seus direitos, de seu poder, dos eventuais limites do seu poder, é disso que se trata fundamentalmente no sistema geral, na organização geral, em todo caso, do sistema jurídico ocidental.⁸⁵

⁸³Com o Estado Novo o País declarou moratória como sinal de independência econômica. As bandeiras dos Estados foram queimadas como símbolo da centralização do poder, e o Brasil passou a ser um Estado nacional unitário, obedecendo a um único *dono*: Vargas. Vargas queria o desenvolvimento econômico, intervencionismo e a industrialização. No plano político, a ditadura seria, em sua visão, a forma de estabelecer a paz social no País e combater o comunismo.

⁸⁴A expressão "polaca" vem da inspiração corporativa e fascista da Polônia.

⁸⁵FOUCAULT, Michel **Em defesa da sociedade**. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.30.

Logo, para Foucault, a organização do direito em torno da soberania e a mecânica das coerções exercidas pelas disciplinas impelindo a que procedimentos de normalização colonizem cada vez mais os procedimentos da lei, fazem surgir o que chama de "sociedade de normalização".⁸⁶

Há no governo Vargas um silenciamento, ou seja, um pôr em silêncio, a produção do interdito, do proibido.⁸⁷ No governo Vargas proíbem-se certas palavras para se proibirem certos sentidos, pois todo e qualquer discurso que fosse feito em desacordo com os ideais políticos do Estado Novo seria reprimido, como o foi. Logo, qualquer tribunal ou órgão judicial que representasse uma ameaça a seus ideais deveria ser cassado; em contrapartida qualquer outro que significasse a expansão de suas idéias deveria ser difundido.⁸⁸

No DIP⁸⁹, sob a liderança de Lourival Fontes, uma das metas fundamentais do projeto autoritário varguista era obter o controle dos meios de comunicação,

⁸⁶FOUCAULT, **Em defesa...**, op. cit., p.46.

⁸⁷ORLANDI, op. cit., p.76.

⁸⁸No Governo Vargas foi criado, em setembro de 1936, o Tribunal de Segurança Nacional, subordinado à justiça militar, órgão responsável pela legitimação das atrocidades de seu regime político. Era composto por juízes civis e militares, escolhidos diretamente pelo Presidente da República, e funcionaria sempre que o País estivesse sob o estado de guerra.

A competência do tribunal era para processar e julgar, em primeira instância, as pessoas acusadas de promover atividades contra a segurança externa do País e contra as instituições militares, políticas e sociais. O Tribunal de Exceção vitimou, inclusive, um dos ícones da literatura brasileira: José Bento Monteiro Lobato, preso por criticar o Governo Vargas.

Com a implantação da ditadura do Estado Novo, em novembro de 1937, o TSN deixou de se subordinar ao Superior Tribunal Militar e passou a desfrutar de uma jurisdição especial autônoma. Ao mesmo tempo, tornou-se um órgão permanente. Nesse período passou a julgar não só comunistas e militantes de esquerda, mas também integralistas e políticos liberais que se opunham ao governo.

⁸⁹O Departamento de Imprensa e Propaganda foi criado, em dezembro de 1939, com finalidade de divulgar a ideologia do Estado Novo junto às classes sociais mais baixas da pirâmide social. Contudo, sua origem remontava a um período anterior, quando, em 1931, foi criado o Departamento Oficial de Publicidade, e, em 1934, o Departamento de Propaganda e Difusão Cultural (DPDC). Durante o Estado Novo, no início de 1938, o DPDC transformou-se no Departamento Nacional de Propaganda (DNP), que finalmente deu lugar ao DIP.

garantindo, assim, a homogeneidade cultural no País. Os ideais do governo eram transmitidos por meio das cartilhas infanto-juvenis e dos jornais nacionais, passando pelo teatro, a música, o cinema, e registrando presença nos carnavais, festas cívicas e populares. Todo meio de comunicação era vigiado, ou seja, eram as idéias sendo controladas e os ideais do governo sendo difundidos⁹⁰.

"O discurso de propaganda é um discurso de censura, mas a censura, em compensação, não é necessariamente da ordem de propaganda."⁹¹ Razão pela qual a censura imposta ao júri oculta a verdade (se é que ela existe) dos fatos, ou, na pior das hipóteses, escondendo-os impede-se que haja uma decisão ao menos justa, ou a menos injusta possível.

Censura não é, entretanto, privilégio dos governos autoritários⁹². A imprensa mundial, hodiernamente, não obstante na maior parte do mundo se encontrar a democracia, é censurante na medida em que permite que "Fulano possa partir para Beirute ou Bagdá; no entanto, é em Seattle ou Atlanta que Bill Gates ou Ted Turner já decidiram que nada do que se passa no Líbano ou Iraque fará sombra aos aliados e negócios de Microsoft ou de Time Warner".⁹³ Portanto, há uma nova (ou velha com roupa nova) modalidade de censura que influencia o Conselho de Sentença, no júri, pois não raros os casos em que as partes juntam aos autos recortes de jornais, exibem filmes com entrevistas ou matérias jornalísticas, todas se referindo à violência ou à injustiça social. Nesse caso, o medo é incutido na cabeça

⁹⁰Por isso o receio da ANCINAV no governo do Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva.

⁹¹RAMONET, Ignácio. **A tirania da informação**. Tradução de: Lúcia Mathilde Endlich Orth. 2.ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2001. p.48.

⁹²"Mesmo não estando sob uma ditadura, há interdições no discurso político. Atualmente, estaria fora do discurso (isto é, censurada) a possibilidade de que alguém se diga 'comunista', ou de 'esquerda'. Conseqüentemente, para não ser significado onde não pretende, o sujeito não se dirá 'comunista' ou de 'esquerda'. Não há lugar para manter esse discurso" (ORLANDI, op. cit., p.108).

⁹³HALIMI, Serge. **Os novos cães de guarda**. Tradução de: Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis (RJ): Vozes, 1998. p.15.

dos jurados por meio das matérias jornalísticas visando à difusão da cultura do medo, do pânico urbano, mas óbvio em um *efeito paravento*⁹⁴.

Bauman assevera:

Os medos contemporâneos, os “medos urbanos” típicos, ao contrário daqueles que outrora levaram à construção de cidades, concentram-se no “inimigo interior”. Esse tipo de medo provoca menos preocupação com a integridade e a fortaleza da cidade como um todo – como propriedade coletiva e garante coletivo de segurança individual – do que com o isolamento e a fortificação do próprio lar dentro da cidade. Os muros construídos outrora em volta da cidade cruzam agora a própria cidade em inúmeras direções. Bairros vigiados, espaços públicos com proteção cerrada e admissão controlada, guardas bem armados no portão dos condomínios e portas operadas eletronicamente – tudo isso para afastar concidadãos indesejados, não exércitos estrangeiros, salteadores de estrada, saqueadores ou outros perigos desconhecidos emboscados extramuros.⁹⁵

O medo não é novo, não obstante Bauman estar se referindo ao *medo contemporâneo*, pois na Europa da Idade Moderna o medo já estaria disseminado, representado das mais diversas formas, como o mar, a saúde e a fome, por exemplo, mas sempre usado como instrumento de manipulação da massa.

No Brasil determinadas capitais, como Rio de Janeiro e São Paulo, protagonizam cenas de violência para o mundo todo por meio da mídia⁹⁶ o que, por si só, causa certo impacto no turismo e, conseqüentemente, na economia, pois se difunde o medo de que esses lugares são instáveis e perigosos para qualquer empreitada de mercado, moradia, investimento econômico e atuação política por parte de outros países.

⁹⁴“É quando um evento oculta outro. A informação serve para ocultar a informação” (cf. RAMONET, op. cit., p.31).

⁹⁵BAUMAN, **Globalização...**, op. cit., p.55.

⁹⁶No dia 12 de junho do ano 2000, Sandro Nascimento, um ex-menino de rua, manteve como refém, por cinco horas, cinco mulheres dentro de um ônibus n. 174, no Rio de Janeiro, no Jardim Botânico. O fato foi televisionado, ao vivo, para o mundo todo. Após muitas negociações, porém nenhum pedido por parte de Sandro, o episódio teve um fim trágico: um policial militar atira em Sandro, erra e acerta a refém Geysa. A arma de Sandro dispara e também acerta a refém Geysa. Levado para a viatura da PM, Sandro foi morto asfixiado pelos policiais. Levados a júri popular, os policiais militares foram absolvidos, entendendo os jurados que houve suicídio quando Sandro se debatia nos braços dos policiais.

O júri, por sua vez, contaminado pelo medo urbano⁹⁷ acaba decidindo pelo medo que sente dos seus medos internos e inconscientes exteriorizados na vida do outro, durante o julgamento. Não são poucos os jurados que, após o julgamento, afirmam ter passado por situação idêntica àquela objeto de julgamento e que, por tal razão, sabem que aquilo que foi dito pela acusação (ou pela defesa) é verdadeiro, mesmo que as provas dos autos não sejam tão convincentes assim. É o famigerado princípio da íntima convicção em desarmonia com a Constituição da República (art. 93, IX), que exige que toda e qualquer decisão judicial seja fundamentada, sob pena de nulidade, e a do júri não pode fugir desse imperativo. Se assim o fosse, dar-se-ia transparência às decisões do júri.

A experiência do jurado (leia-se o medo o qual já sentiu) leva-o a decidir sobre a vida do outro, porquanto, naquele momento, seja diferente dele,⁹⁸ mas é que um dia a localização processual pode se inverter.

⁹⁷"Na Europa da Idade Moderna o medo estaria por toda a parte, sendo que o mar seria a imagem e o espaço do medo. Incontáveis são os males trazidos pela imensidão líquida (...). A noite era a grande cúmplice dos inimigos do homem. Era o lugar onde os inimigos do homem tramavam sua perda, no físico e no moral (...). O tempo da peste era também o tempo da solidão e do abandono "dos costumes mais profundamente enraizados no inconsciente coletivo". Um desses costumes era o culto à morte personalizada (...).

A visão da peste como punição trouxe, como contrapartida, a nomeação de culpados: leprosos, judeus, estrangeiros, marginalizados (...).

O medo de morrer de fome era um medo bem concreto na Europa, que se agudiza a partir do século XVI.(...).

O medo explica a ação persecutória conduzida pelo poder político-religioso. As fórmulas de confinamento saneiam as cidades, diminuem os perigos de contágio, têm alcance moral. O sentido geral desta estratégia é disciplinar populações, produzindo alinhamentos. Tudo isso para descobrir-se ao final do século XVII um erro parcial de diagnóstico. O medo fora maior que a ameaça" (sem grifos no original). (BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.42/45).

⁹⁸"Para uma mídia voltada para o consumo das massas, não há a preocupação de elaborar conceitos, especializar efeitos, diferenciar situações. Há, isto sim, uma tendência de construir estereótipos, criar mitos, estabelecer preconceitos que se fixem como verdades para os receptores da notícia. É por força desta concepção parcial, estereotipada e superficial da violência, veiculada pela mídia que explora esse tema, que a sociedade fica dividida entre nós (os cidadãos honrados, pacíficos e trabalhadores) e eles (os marginais violentos, perigosos e temíveis). De igual forma e por igual preconceito, vincula-se criminalidade e pobreza, marginalidade e periferia urbana." (MARQUES, Bráulio. A efetividade da norma penal. Abordagem psicanalítica. In: Fayet Júnior, Ney et al. (Org.) **Estudos críticos de direito e processo penal**: em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p.27).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assevera:

Quando a questão diz respeito à Segurança Pública e suas Políticas, não se pode responder pelo mero impulso imaginário, típico da turba enleada no discurso dos meios de comunicação, justo porque as respostas, nesses casos, dizem sempre respeito aos outros. A grande conquista da razão no espaço da democracia moderna foi fazer – pela cultura – as pessoas entenderem que a defesa do outro (do latim alter) significava a defesa de si mesmo e das regras do jogo, até porque nunca se sabe quem será o próximo a ser perseguido (...). Nessa hora – sempre tão amarga – percebemos que precisamos da proteção das leis; e da sensibilidade e da compreensão dos nossos iguais. Se, por outro lado, não nos dermos conta disso – seguindo a linha egoísta da competitividade absurda dos nossos dias – seguiremos com medo (dos outros, sempre, como se só eles fossem os infratores das leis!) e reféns da nossa própria atuação, à qual pode-se não ter perdão. Ninguém consegue ser feliz quando se vive com medo; dos outros e das leis. Eis, então, a necessidade de um discurso inteligente de média, que afronte o medo pelos dois pólos.⁹⁹

Contudo, a censura a que se refere é a imposta pelo regime totalitário, "a censura em sua materialidade lingüística e histórica, ou seja, discursiva".¹⁰⁰ No autoritarismo não há reversão no discurso, ou seja, o sujeito não pode ocupar diferentes posições: "ele só pode ocupar o "lugar" que lhe é destinado, para produzir os sentidos que não lhe são proibidos. A censura afeta, de imediato, a identidade do sujeito".¹⁰¹

Contudo, termina a Segunda Guerra Mundial, não obstante se iniciar uma nova espécie de guerra: a guerra pela manutenção do domínio. A ditadura mundial foi derrotada. Acabam a censura e as formas de limitação de sentidos. O Brasil entra em nova fase política.

⁹⁹COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. p.479.

¹⁰⁰ORLANDI, op. cit., p.77.

¹⁰¹ORLANDI, op. cit., p.81.

E a ditadura no Brasil, com Vargas, como ficou?

À medida que a maré da guerra mudava a favor dos aliados, em 1943, Vargas foi se preparando para a nova atmosfera política que seria criada por uma vitória aliada. (...) Os brasileiros tinham-se dado conta da anomalia de lutar pela democracia no exterior, enquanto persistia uma ditadura em seu próprio país.¹⁰²

Com o declínio das forças autoritárias no mundo, os pracinhas brasileiros da Força Expedicionária Brasileira (FEB), que foram lutar contra a ditadura dos países do eixo (Alemanha, Itália e Japão), retornaram ao país para depor seu ditador: Getúlio Vargas.

Vargas foi deposto em 29 de outubro de 1945 e o Gal. Eurico Gaspar Dutra, eleito em 2 de dezembro de 1945, assumiu o poder em janeiro de 1946, prometendo uma nova roupagem política ao país, redemocratizando-o.

1.3.2 A Censura na Ditadura Militar

O período democrático, instalado em 1946, teve vida efêmera (apenas 18 anos). E o país viveu uma certa turbulência política que foi desde o suicídio de Vargas, em 24 de agosto de 1954, passando pela crise financeira do governo JK, pela eleição direta, em outubro de 1960, de Jânio Quadros e sua renúncia em 25 de agosto de 1961 e pelo conturbado governo de João Goulart, até chegar ao dia 31 de março de 1964, quando os militares assumiram o poder com a perspectiva de nele permanecer, e a isso chamaram de Revolução, mas foi um Golpe de Estado, uma subversão da ordem constitucional. Era o silêncio se aproximando, agora, com a ditadura militar.¹⁰³

¹⁰²SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Getúlio a Castelo**. Tradução de: Ismênia Tunes Dantas. 10.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p.72.

¹⁰³"Em 1964, o Brasil passa por uma ruptura de seu processo político-institucional. Tendo início em 31 de março, com a articulação do general Olímpio Mourão Filho, a partir de Juiz de Fora (MG) e, configurando-se claramente, em 1.º de abril, com o avanço de outras tropas, ocorre um golpe civil-militar que derrubaria o presidente constitucional e legitimamente empossado, João Goulart." (AQUINO, Maria Aparecida de. Estado autoritário brasileiro pós 64: conceituação, abordagem historiográfica, ambigüidades, especificidades. In: Fico, Carlos et al. **1964-2004 - Anos do golpe: ditadura militar e resistência no Brasil**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2004. p.55).

A década de 1960, no Continente Latino-Americano, foi palco de outros golpes de Estado, além do que ocorreu no Brasil. A Argentina em 1966 e, depois, em 1976 vivencia outros golpes de Estado semelhantes. No Chile, em 11 de setembro 1973, há a derrubada e morte do Presidente socialista Salvador Allende com a ajuda dos EUA, que colocam no poder o brutal sanguinário General Augusto Pinochet.¹⁰⁴ O Uruguai não fica de fora desse processo autoritário e vê os militares assumirem o poder em 1973.

No caso brasileiro democracia foi exercida por pouco tempo, e a linguagem sofre outro ataque com o novo regime instalado, pois a censura é imposta e os sentidos diversos do que o regime quer, são cassados.

O regime militar impõe uma forte censura à sociedade com o advento do **AI 5**, sexta-feira, 13 de dezembro de 1968. A garantia constitucional do *habeas corpus* para os acusados contra a ordem econômica e social, economia popular e contra a segurança nacional foi suspensa, além de ter aposentado, forçosamente, três notáveis Ministros do STF, defensores da liberdade: *Evandro Cavalcanti Lins e Silva; Hermes Lima e Victor Nunes Leal*.

O rigor imposto pelo AI 5 protagonizou uma das maiores disputas no Superior Tribunal Militar, ocorrida entre dois generais: Geisel e Pery Bevilacqua. Geisel, durante o julgamento de um *habeas corpus* de um livreiro, advertiu Pery de que não admitia ser interrompido durante sua fala. Pery o chamou de mal-educado. Posteriormente, Pery Bevilacqua

foi malvadamente posto para fora do STM com base no AI5, poucos meses antes de completar 70 anos, quando seria aposentado pelo calendário. A ditadura acreditou que se livrara dele, mas na verdade foi Pery quem se livrou dela. Anos depois, tornou-se um dos líderes da campanha pela anistia. Graças a ele, o Exército brasileiro pode dizer que um de seus generais teve a coragem de falar em anistia na época em que a palavra parecia ser um estigma.¹⁰⁵

¹⁰⁴Estima-se que 5 milhões de chilenos foram mortos durante a ditadura de Pinochet (*Tiros em Columbine*, Michael Moore).

¹⁰⁵GASPARI, Elio. **A ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.105.

O regime militar faz com que surjam resistências à censura, pois a palavra foi cassada, mas não calaram os sentidos que são expressos com significados distintos dos que estão proibidos. Pode-se falar, mas não se pode significar aquilo que está proibido de se dizer, mas, mesmo assim, surgem resistências de diversas formas.¹⁰⁶

A censura estabelece um jogo de relações de força pelo qual ela configura, de forma localizada, o que, do dizível, não deve (não pode) ser dito quando o sujeito fala. Não se pode dizer o que foi proibido (o dizer devido), ou seja: não se pode dizer o que se pode dizer.¹⁰⁷

O regime militar procura impor um sentido só para toda a sociedade. Trata-se da retórica da opressão fazendo surgir a retórica da resistência em que se procura, de uma forma permitida, resistir ao que é proibido. Ou seja, na relação censura/resistência, o movimento que interessa é aquele que faz dizer o mesmo para significar outra coisa e dizer outra coisa para significar o mesmo. Usa-se a palavra com diversos significados.

O importante nessa relação era o significado, o sentido, não tanto as palavras porque estas foram cassadas, e o que se proibiu, inicialmente, foi a palavra com sentido diferente do que se autorizava.

Uma das formas de resistência em que se disse o que estava proibido dizer significando o que se queria significar, e não o que se estava dizendo, foi na música popular brasileira, com canções clássicas do tipo: *MEU CARO AMIGO*, de Francis Hime e Chico Buarque; *AQUELE ABRAÇO*, de Gilberto Gil e *PRA NÃO DIZER QUE*

¹⁰⁶A luta armada foi uma das formas de se resistir contra a censura e o regime propriamente dito. Carlos Lamarca, capitão do exército, carioca do morro de São Carlos, no Estácio, zona norte do Rio de Janeiro, foi um dos principais protagonistas dessa resistência, mediante a **VPR** (Vanguarda Popular Revolucionária), juntamente com Carlos Marighela, líder da Aliança de Libertação Nacional. O QG do II Exército; o Palácio Bandeirantes, sede do governo de São Paulo, e a Academia de Polícia seriam alvos de suas ações.

¹⁰⁷ORLANDI, op. cit., p.79.

*NÃO FALEI DAS FLORES*¹⁰⁸, de Geraldo Vandré¹⁰⁹, dentre outras. Em todas se dizia o que era proibido dizer, mas com significado permitido, embora com sentido diverso.

Quando na música Chico Buarque diz que “vai passar”, o povo “sabe” que ele não fala de uma doença ou de uma dor de amor, mas de uma dor, um mal político: a ditadura e o sofrimento social.¹¹⁰

1.3.3 A Censura e a Lei Fleury

O tribunal do júri, durante a censura imposta pelo regime militar, recebe uma nova disciplina normativa visando calar e proteger um dos maiores representantes da repressão na área civil e, conseqüentemente, um problema para o governo: a Lei, em favor do delegado do mesmo nome, Sergio Fernando Paranhos Fleury.

Homem forte do regime, Fleury foi incorporado à *tigrada*¹¹¹ pelo regime militar, que *sabia que ele era um delinqüente na engrenagem policial*, não obstante ser reconhecido como um "paradigma da eficácia da criminalidade na repressão política"¹¹². Envolvido com o submundo do crime, acusado de extorsões e assassinatos

¹⁰⁸*"Há soldados armados, amados ou não, quase todos perdidos de armas na mão, nos quartéis lhes ensinam antiga lição: de morrer pela pátria e viver sem razão"* (trecho da letra).

¹⁰⁹Em 1968, Vandré compõe "Caminhando" ("Pra não dizer que não falei das flores"), que ganha o 2.º lugar no Festival da TV Globo do mesmo ano, perdendo para Sabiá (Chico Buarque/Tom Jobim). O ambiente político pesado da época (o AI-5 foi decretado em 13 de dezembro de 1968) tornou a música proibida e seu autor *persona non grata* pelo regime militar. Vandré nunca foi preso ou torturado fisicamente, pela ditadura militar, as limitações e pressões impostas ao seu processo de criação o levaram para o exílio no Chile.

¹¹⁰ORLANDI, op. cit., p.115.

¹¹¹"Tigrada" significava o grupo formado por homens bárbaros e cruéis do regime militar.

¹¹²GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.66.

do Esquadrão da Morte¹¹³, era mal visto pelo próprio regime, tal como demonstra a afirmação do Ministro Golbery do Couto e Silva: "Mas tira esse homem para fora. Bota esse homem de férias, manda ele passear na China. É uma burrice ter esse homem aí, à vista de todo mundo. Manda ele para Foz do Iguaçu. Tem um negócio onde criam jacaré, manda ele tomar banho lá. Esse é bandido. Esse é um bandido. Agora, prestou serviços e conhece muita coisa."¹¹⁴

Claro estava que a mesma censura que usava os serviços escusos de Fleury o repudiava e o temia pelas informações que possuía, e o próprio Ministério Público foi acuado, pois *corria o risco de perder prerrogativas e as acusações ao delegado Fleury poderiam ter conseqüências imprevisíveis*. Helio Bicudo, Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo, um dos maiores investigadores da atuação ilícita de Fleury, foi procurado pelo Cel. Walter Faustini que deixou claro, corroborando a frase acima,

que o sistema militar do qual ele fazia parte via com preocupação essa tentativa de cercar juridicamente em processos do Esquadrão da Morte o delegado Sérgio Paranhos Fleury – somente a subversão que ele tanto combatia sairia ganhando com isso. Ou seja: era preciso entender que o delegado Fleury era tido como intocável pelo Sistema e quem tentasse atingi-lo poderia sofrer efeito bumerangue.¹¹⁵

Logo, qualquer investida contra Fleury era considerada, em verdade, ofensa ao regime militar que o apoiava e para tanto era necessária a elaboração de uma lei,

¹¹³O nascimento do Esquadrão da Morte ocorreu, como pretexto, pelo assassinato de um policial, chamado David Romeiro Parré, de 33 anos, da Delegacia de Roubos de São Paulo, em 18 de novembro de 1968 por um bandido desconhecido de nome Carlos Eduardo da Silva, vulgo *Saponga*, de 24 anos. Saponga foi preso na Serra da Cantareira, no Jardim Tremembé, 53 dias após a morte de Parré e executado com 21 tiros. Contudo, os policiais paulistas já haviam iniciado a criação do Esquadrão, bem antes da morte de Parré, quando foram ao Rio de Janeiro conhecer o similar denominado *Scuderie Le Cocq*: nome dado ao Esquadrão da Morte carioca devido à morte do detetive *Le Cocq* pelo bandido conhecido pela alcunha de *Cara de Cavalo*, Manuel Moreira, nos anos 60 (cf. SOUZA, Percival de. **Autópsia do medo: vida e morte do Delegado Sérgio Paranhos Fleury**. São Paulo: Globo, 2000. p.69/70/71).

¹¹⁴GASPARI, **A ditadura derrotada**, op. cit., p.398.

¹¹⁵SOUZA, op. cit., p.307.

mesmo que dando liberdade em pleno regime de opressão, para conter a possível detenção de Fleury. Neste sentido, é promulgada a lei que iria beneficiá-lo, já que se encontrava sentado no banco dos réus acusado de diversos homicídios praticados pelo "seu" Esquadrão da Morte, além de crimes de extorsão e envolvimento com o tráfico de entorpecentes. Bicudo requereu ao juiz competente a prisão preventiva de Fleury pela morte de um traficante de tóxicos. Amparado pelo Palácio do Planalto, Fleury foi ao STF com pedido de *habeas corpus*, que foi negado por seis votos a três, pelos Ministros¹¹⁶. Posteriormente, Bicudo foi afastado das investigações e outros dois promotores (Djalma Lúcio Gabriel Barreto e Alberto Marino Junior) foram chamados a investigar, porém advertidos pelo PGJ, Oscar Xavier de Freitas, de que não deveriam ir fundo nas investigações, pois "a impunidade do Dr. Fleury era ponto de honra para a cúpula do governo e das Forças Armadas". O PGJ, dirigindo-se aos dois promotores designados por ele, disse:

desejo que vocês atentem para a atual situação de força. O Bicudo é odiado por eles. Quanto a vocês dois, eles se voltam mais contra o Djalma. Djalma (...) Não faça mais nada. Fique inerte! Se presenciar um homicídio, vire o rosto. Não veja mais nada.

Djalma – É angustiante ouvir isso do chefe do Mistério Público: o cumprimento da lei transformar-se em delito!

Oscar – É verdade. Se alguém me ouvisse nesse instante, deveria dizer que o procurador geral deveria ser internado. Mas vocês não avaliam as pressões a que estou submetido! Eu não recebo solicitações, apenas ordens. Esqueçam, por favor, o fichário. Esqueçam tudo, não se metam em mais nada. Existem olheiros em toda a parte, nos fiscalizando. Nossos telefones estão censurados. (...) Aliás, eu quero que os dois tirem férias em dezembro próximo.¹¹⁷

Trata-se de uma faceta da censura imposta pelo regime militar em que a instituição incumbida de defesa da ordem jurídica foi obrigada a permanecer em

¹¹⁶ A sessão foi presidida pelo Ministro Aliomar Baleeiro. Foram seis votos (o relator Luiz Galotti, Bilac Pinto, Djaci Falcão, Eloy da Rocha, Oswaldo Trigueiro e Adalício Nogueira) contra três (Antônio Neder, Thompson Flores e Amaral Santos (cf. Souza, Percival de. *Autópsia do Medo: Vida e Morte do Delegado Sérgio Paranhos Fleury*. São Paulo: Globo, 2000, p. 305). O HC colocava o regime militar à prova de força com o STF, que estava adotando uma postura independente, pois era sabido por todos que o regime não abandonaria Fleury pelo seu comprometimento com suas atrocidades.

¹¹⁷GASPARI, **A ditadura escancarada**, op. cit., p.369.

silêncio realizando apenas a investigação que era permitida, sem, contudo, significar qualquer atuação contrária às ordens do sistema.

O silêncio era o pano de fundo do exercício do poder durante o regime militar. Era o silêncio da opressão. Bicudo manifestava-se com o discurso da resistência opondo-se às atrocidades do regime militar.

Era a produção do interdito no campo do Direito.

É editada a Lei n.º 5.941, de 22 de novembro de 1973.

A Lei foi encomendada ao Congresso Nacional para beneficiar o delegado Sérgio Fleury, tamanha era sua força e poder no regime militar, e claro estava: se Fleury caísse, parte do regime ruiria com ele.

A lei deu nova redação ao § 2.º do art. 408 do CPP, permitindo que o réu primário e de bons antecedentes permanecesse em liberdade, se fosse pronunciado, e, se preso estivesse, solto seria. E ainda deu nova redação ao art. 594 do CPP, permitindo que o primário e de bons antecedentes permanecesse em liberdade, caso fosse condenado.¹¹⁸

Helio Bicudo é quem conta a censura sofrida durante o regime militar e o quanto se fez para afastá-lo das investigações que levaria Fleury à condenação e, conseqüentemente, arrastaria o regime militar com ele perante a opinião pública nacional e, principalmente, internacional:

Avolumavam-se as pressões para que o juiz José Fernandes Rama deixasse a presidência do II Tribunal do Júri de São Paulo, Corte que passara a julgar grande número de processos promovidos contra os membros do Esquadrão da Morte, fazendo-o de modo imparcial, e que, por isso mesmo, vinha acarretando a condenação sistemática e exemplar dos culpados.

Armou-se contra ele uma verdadeira cilada.

Advogados interessados criaram um incidente, no qual se diziam ofendidos pelo juiz. Pediram e obtiveram o apoio da Ordem dos Advogados. Fez-se um ato público de desagravo...

Não decorreu muito tempo e o juiz Rama deixava, por "ato voluntário", o II Tribunal do Júri, para refugiar-se no anonimato de uma das Varas Criminais da Capital.

Hoje encontra-se no II Tribunal do Júri um juiz simpático à causa do Esquadrão da Morte, assessorado por um promotor que, nesses casos, faz o jogo da defesa...

Como pano de fundo desse triste espetáculo, o Governo Federal, em dezembro de 1973, fazia passar uma reforma de dispositivos do Código de Processo Penal, que permitia que os réus pronunciados, sob certas condições, aguardassem em liberdade o pronunciamento do júri.

¹¹⁸RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.517.

É que o delegado Sérgio Fleury havia sido pronunciado por acórdão unânime da 1ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça e, por força de lei, encontrava-se preso, recolhido ao DEOPS, a aguardar julgamento pelo Tribunal Popular.

A Lei Fleury, como ficou conhecida, foi um passo inicial para uma verdadeira limpeza de área. Em seguida vieram os afastamentos de promotores e juízes. Tudo pronto para o julgamento do homem símbolo do Esquadrão da Morte, ato que não passou de uma farsa, pois sua absolvição, dentro do quadro descrito, era decorrência inarredável e serviu, apenas, para reforçar a convicção generalizada de que não faltaria o esquema armado para sua absolvição.¹¹⁹

A partir de fevereiro de 1978 surgem no País os chamados Comitês Brasileiros pela Anistia (CBAs) fazendo uma campanha pela Anistia ampla, geral e irrestrita, denunciando, inclusive, as torturas, os assassinatos e os desaparecimentos políticos.

Inicia-se um processo que iria culminar com a chamada “abertura política”, com o esvaziamento das cadeias políticas e a consolidação, aos poucos, de um processo de democratização do País.

Vencido esse período histórico de opressão e exercidas todas as formas de resistências possíveis ao regime militar, surge a necessidade de os militares retornarem aos quartéis e, conseqüentemente, entregarem o poder aos civis.¹²⁰

Em 17 de outubro de 1978 foi aprovada a Emenda Constitucional 11 que declarou extinta a autoridade presidencial para declarar o recesso do Congresso, cassar parlamentares ou privar cidadãos dos seus direitos políticos e autorizou o retorno de outros direitos políticos que foram cassados, tais como o *habeas corpus*, a liberdade de imprensa. Em 28 de agosto de 1979 é decretada a anistia pelo governo Figueiredo. Todos os presos ou exilados por crimes políticos desde 02 de

¹¹⁹BICUDO, Hélio Pereira. **Meu depoimento sobre o esquadrão da morte**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.88.

¹²⁰"Em nome da Manutenção da coesão interna da manutenção das Forças Armadas brasileiras, a facção conhecida como 'Sorbonne' acabou delineando um longo processo de 'transição política' para a democracia, dividido em fases. O general Ernesto Geisel, que, ao lado do General Golbery do Couto e Silva, formou a dupla dos “arquitetos” do processo (de) abertura, quando toma posse, em 1974, fala em 'distensão' política ao longo de seu governo." (AQUINO, M. A. de, op. cit., p.64).

setembro de 1961 foram beneficiados, retornando ao País com seus direitos políticos restabelecidos.¹²¹

Contudo, o júri é exatamente a repulsa a qualquer forma de manipulação de idéias, desde que calcado no compromisso, supracitado, da ética da libertação. O silêncio que é imposto ao conselho de sentença, conseqüentemente, não espelha a realidade do Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição da República. Logo, não foi recepcionado, pois espelha uma realidade histórica e política calcada na repressão.

¹²¹"Ao terminar o último ano do governo Geisel, a estatística do Regime Militar de 1964 registrava aproximadamente 10 mil exilados políticos, 4.682 cassados, milhares de cidadãos que passaram pelos cárceres políticos, 245 estudantes expulsos das universidades por força do Decreto 477, e uma lista de mortos e desaparecidos tocando a casa das três centenas." (ARNS, D. Paulo Evaristo (Prefaciador). **Brasil nunca mais**. Petrópolis (RJ): Vozes, 1999. p.68).

CAPÍTULO 2

O JÚRI NA HISTÓRIA

2.1 INTRODUÇÃO À HISTÓRIA DO JÚRI

O tribunal popular, diferente do que muitos pensam, não nasce, propriamente dito, na Inglaterra, pois já existiam, no mundo, outros tribunais com as suas características. Alguns buscam sua origem nos *heliastas gregos*, nas *quaestiones perpetuae* romanas, no tribunal de *assises* de Luís, o Gordo, na França (ano de 1137). Porém, não há nenhuma hereditariedade histórica do júri à essas organizações.¹²²

Rogério Lauria Tucci, prelecionando sobre o júri, diz que

há quem afirme, com respeitáveis argumentos, que os mais remotos antecedentes do Tribunal do Júri se encontram na lei mosaica, nos dikastas, na Hiliéia (Tribunal dito popular) ou no Areópago gregos; nos centeni comites, dos primitivos germanos; ou, ainda, em solo britânico, de onde passou para os Estados Unidos e, depois, de ambos para os continentes europeus e americanos.¹²³

No entanto, John Gilissen¹²⁴ assevera com acerto que a origem do júri remonta à mesma época do *common law*, segunda metade do século XII, não obstante procurarem suas origens na prática do inquérito carolíngio e no direito dos primeiros reis anglo-normandos, o júri em matéria judiciária aparece com Henrique II, em 1166.

O júri em matéria criminal só se consolidou muito depois do júri civil, pois, inicialmente, os jurados julgavam apenas as causas cíveis, surgindo depois a

¹²²TORNAGHI, Helio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977. v.2. p.72.

¹²³TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: _____. **Tribunal do júri**: estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: RT, 1999. p.12.

¹²⁴GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p.214.

necessidade de submetê-los também às matérias criminais, envolvendo, agora, a liberdade individual e, em alguns países, até a vida, pois a pena de morte foi e é conhecida de alguns países, inclusive o Brasil,¹²⁵ retirando das mãos do soberano o poder de decidir, sozinho, a vida dos seus súditos.

Nesse sentido, não há dúvida do caráter democrático da instituição do tribunal do júri que nasce, exatamente, das decisões emanadas do povo, retirando das mãos dos magistrados comprometidos com o déspota o poder de decisão. Fato que, posteriormente, com a formação do tribunal júri, no Brasil, feita por pessoas que gozassem de conceito público por serem inteligentes, íntegras e de bons costumes (cf. art. 27 do Código de Processo Criminal do Império – Lei de 29 de novembro de 1832) faz estabelecer um preconceito social e, embora disfarçada, uma luta entre classes.

O tribunal popular, portanto, não nasceu na Inglaterra, mas o júri propriamente dito, que hoje se conhece e tem no Brasil, recebeu do "sistema inglês o grande júri, isto é, o primeiro conselho de jurados, ou júri de acusação, e do sistema francês o ministério público e a instrução secreta e escrita".¹²⁶ Quando o código de processo criminal do Império foi elaborado, o júri, na Inglaterra, estava disciplinado com dois conselhos de jurados: um composto de maior número com o objetivo de decidir se procedia o exercício da pretensão acusatória; e outro com menor número que resolveria o mérito da acusação. O primeiro era o grande júri com até vinte e quatro jurados e o segundo o pequeno júri com doze jurados.

¹²⁵"Com a reforma processual penal brasileira do Império da Lei n.º 261, de 1841, o júri que, até então, para condenar a pena de morte necessitava de unanimidade de votos, agora podia decidir por duas terças partes de votos, sendo que as outras decisões poderiam ser por maioria absoluta e, se houvesse empate, adotar-se-ia a decisão mais favorável ao réu (art. 66 da Lei 261, de 1841)." (RANGEL, **Direito...**, op. cit., p.502).

O caso interessante de se ressaltar durante o Império brasileiro é o de Manoel da Motta Coqueiro, condenado à força pelo júri. O relato completo está na obra que está citada de Carlos Marchi, **A fera de Macabu**: a história e o romance de um condenado à morte (op. cit.).

¹²⁶ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. p.240.

Na França o júri foi substituído em 1808 por uma Câmara de Conselho de Magistrado, ou seja, uma turma de Juízes da Corte Imperial, pois teve curta duração durante o governo de Napoleão que, como ditador, não gostava do júri.¹²⁷

No final do Império a influência americana no Brasil era forte, razão pela qual quando chega ao início da República se retribuí o reconhecimento oficial da independência feita pelos EUA, em 1824, dando o nome do país, em 1889, de *República dos Estados Unidos do Brasil*¹²⁸.

Na Inglaterra, o júri aparece mediante um conjunto de medidas destinadas a lutar contra os ordálios (no direito germânico antigo, dizia-se do juízo de Deus. Era qualquer tipo de prova, da mais variada sorte baseada na crença de que Deus não deixaria de socorrer o inocente, o qual sairia incólume delas) durante o governo do Rei Henrique II (1154-1189) em que, em 1166, instituiu o *Writ* (ordem, mandado, intimação) chamado *novel disseisin* (novo esbulho possessório) pelo qual encarregava o *sheriff* de reunir doze homens da vizinhança para dizerem se o detentor de uma terra desapossou, efetivamente, o queixoso, eliminando, assim, um possível duelo judiciário praticado até aí.

Nesse conjunto de medidas, a acusação pública, que até então era feita por um funcionário, espécie de Ministério Público, passou a ser feita pela comunidade local quando se tratava de crimes graves (homicídios, roubos etc.), surgindo, assim, o júri que, como era formado por um número grande de pessoas (23 jurados no condado), foi chamado de *Grand jury* (Grande Júri). Por isso era chamado de Júri de acusação.

¹²⁷ALMEIDA JÚNIOR, op. cit., p.233.

¹²⁸**Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891).** "Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL."

Os jurados (pessoas do povo daquela comunidade onde ocorreu o crime) deviam decidir segundo o que sabiam e com base no que se dizia, independentemente de provas, já que estas eram de responsabilidade de outros doze homens de bem, recrutados entre os vizinhos, formando assim um pequeno júri (*Petty jury*) que decidia se o réu era culpado (*guilty*) ou inocente (*innocent*).¹²⁹

Os jurados, simbolizando a verdade emanada de Deus, por isso doze homens em alusão aos *Doze Apóstolos* que seguiram Cristo¹³⁰, decidiam, independentemente de provas, com base no *vere dictum* (veredicto = dizer a verdade), nascendo aí, no júri, o sistema de provas da íntima convicção. Lamentavelmente, esse sistema persiste até hoje no diploma processual penal brasileiro (cf. art. 464 do CPP), mas não foi recepcionado pela Constituição da República, que exige fundamentação nas decisões judiciais (art. 93, IX).

Da Inglaterra, após o ano de 1215, com a edição da Magna Carta do Rei João Sem Terra, o júri se espalhou pela Europa, primeiro para a França em 1791¹³¹ e depois para outros países, como Espanha, Suíça, Suécia, România, Grécia, Rússia e Portugal e também para os Estados Unidos, ganhando feições mais modernas¹³², sendo que cada país adotou um modelo de júri, como será visto a seguir.

No júri há a afirmativa de que os iguais julgam os iguais: *o réu é julgado pelos seus pares*. Contudo, basta verificar a formação do Conselho de Sentença para se saber que tal afirmativa não é verdadeira: em regra, funcionários públicos e

¹²⁹GILISSEN, op. cit., p.214.

¹³⁰TUCCI, Tribunal do júri: origem..., op. cit., p.28.

¹³¹"Agora, como meio para garantir e controlar aquela independência, de novo os leigos deveriam tomar parte no processo penal. Seguindo o modelo inglês de júri puro, formaram-se na França, em 1791, jurados penais de acusação e de sentença. Posteriormente, essas exigências foram propugnadas também na Alemanha." (CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coords.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002. p.5).

¹³²RANGEL, **Direito**..., op. cit., p.492.

profissionais liberais. E os réus? Pobres.¹³³ Normalmente, traficantes de drogas e, excepcionalmente, *Um de nós*. O que, por si só, faz com que o júri faleça de legitimidade. Defende-se que o tribunal popular seja formado por pessoas das mais diversas camadas sociais, possuindo, o Conselho de Sentença, jurados das mais diversas classes sociais.

Kant de Lima dá amparo:

Examinando a lista oficial de jurados dos quatro principais Tribunais de Júri da cidade do Rio de Janeiro entre 1977 e 1983 (cerce de sete mil nomes), apurei que variavam muito pouco as profissões dos jurados. Eles eram principalmente funcionários públicos, bancários e professores. Entrevistando jurados arrolados durante um ano em dois Tribunais de Júri, descobri que os bancários e os professores trabalhavam, em sua maioria, em bancos ou escolas do Estado. A maioria possuía instrução superior, e alguns eram bacharéis em Direito. Certo juiz, também professor de uma Faculdade de Direito, incluiu uma vez todos os alunos de uma de suas turmas na lista oficial de jurados durante um ano.¹³⁴

Contudo, a Magna Carta do Rei João Sem Terra, em seu art. 48, preceituava: "Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país".

Nesse sentido, o tribunal do júri surge com a missão de retirar das mãos do déspota o poder de decidir contrário aos interesses da sociedade da época, nascendo, da regra acima, o hoje princípio do devido processo legal (*due process of law*), não obstante, depois, ter sido usado como instrumento de manipulação de massa, pois os jurados eram escolhidos dentre pessoas que integravam determinada classe.

¹³³"Todo o ano, um milhão e meio de americanos povoam as prisões americanas. ...Se aos desempregados, na Europa, se paga compensação, nos Estados Unidos nós os colocamos nas prisões. Cada vez mais, ser pobre é encarado como um crime; empobrecer, como produto de predisposições ou intenções criminosas – abuso de álcool, jogos de azar, drogas, vadiagem e vagabundagem. Os pobres, longe de fazer jus a cuidado e assistência, merecem ódio e condenação – como a própria encarnação do pecado" (BAUMAN, **O mal estar...**, op. cit., p.59).

¹³⁴LIMA, Roberto Kant de. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.151.

É bem verdade que a Magna Carta foi um acordo entre a nobreza e o monarca, do qual o povo não participou e quando se fala de julgamento de seus pares, como se disse acima, quer se dizer o ato de um nobre julgar o outro e não mais se submeter aos ditames do rei. Os iguais julgando os iguais. Logo, o povo está excluído desse processo.

2.2 O JÚRI NO DIREITO COMPARADO E A QUESTÃO DA INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS

Neste item vou me limitar a tratar apenas da questão da (in) comunicabilidade dos jurados nos países citados abaixo, deixando de estudar outras questões que fogem do objetivo deste trabalho, bem como de tratar de outros países, pois a finalidade aqui é apenas mostrar como é a questão da incomunicabilidade do júri nos principais países da Europa e nos EUA.

2.2.1 Inglaterra

Na Inglaterra, onde o Júri ganhou as feições que se conhecem hoje, o Tribunal popular é responsável por apenas 5% dos casos criminais¹³⁵, desde que houve a abolição do chamado *Grand Jury* em 1933, cuja história remonta às origens do *Common Law* na própria Inglaterra. O crescimento dos juízes de paz reduziu pouco a pouco a importância do *Grand Jury* que julgava apenas aqueles a quem os juízes de paz acusavam previamente, perdendo, assim, aos poucos a iniciativa. Depois, a criação de uma polícia profissional no século XIX significou a restrição da atuação dos referidos juízes de paz que exerciam a função de examinar as provas colhidas pela polícia, por isso o *Grand Jury* passou a ter uma função residual até a

¹³⁵STRECK, Lênio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.76.

sua abolição.¹³⁶ Era formado por vinte e quatro pessoas e tinha a faculdade de proceder contra um acusado, mas foi abolido pela *Administration of Justice Act (miscellaneous Provisions)* e suas funções foram assumidas pelos *Magistrates' Court*.

Os jurados, no júri inglês, em número de 12 pessoas com idade entre 18 e 70 anos, decidem se o réu é culpado ou inocente com um *vere dictum* que deve expressar a vontade, se for condenatória, de, pelo menos, 10 votos contra 2, pois do contrário, se não houver essa maioria que se será chamada de qualificada, o réu é submetido a novo júri, perante novos jurados. Se o novo júri não alcançar essa maioria, para condenar, o réu é considerado absolvido.

Os jurados não tomam parte da elaboração da sentença, que é ato exclusivo do juiz.

A comunicação entre os jurados é plena, pois os mesmos decidem com base no juramento (ou promessa solene) que fazem de "julgarem fielmente o acusado e darem um veredicto verdadeiro de acordo com as provas apresentadas".¹³⁷

Logo, a decisão é produto de um sistema de plena comunicação entre os jurados democratizando, o máximo possível, a decisão sobre a liberdade do réu, evitando, assim, o puro capricho, arbítrio ou abuso de poder.

2.2.2 Estados Unidos

A característica mais marcante do sistema processual nos EUA é o processamento de causas cíveis e penais perante o Tribunal do Júri. Os juízes togados exercem a função de direção dos debates, moderação dos interrogatórios e a decisão das questões de direito, presidindo a seção na função de guardião dos direitos consagrados nas emendas constitucionais norte-americanas, pois o princípio

¹³⁶PASTRANA, Ángel Tinoco. **Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001.

¹³⁷MCNAUGHT, John. Inglaterra Y Gales. Gómez, Ramón Maciá (Org.). **Sistema De Proceso En Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998. p.224.

acusatório puro rege o processo penal nos EUA, cabendo ao Ministério Público, exclusivamente, o ônus da prova de que existem indícios de criminalidade contra o acusado em igualdade de condições perante a defesa técnica.¹³⁸ No processo penal americano, o Ministério Público (*prosecutor*) tem papel preponderante, pois o júri, onde atua, é uma das garantias do *Due process of law*.

Kant de Lima ensina que a função de jurado nos EUA "é uma função política responsável pela doutrinação da população sobre valores democráticos e legais, legitimando as decisões emanadas do povo".¹³⁹

A competência dos jurados americanos está delineada na seção segunda do artigo 3.º da Constituição dos Estados Unidos, atuando em todos os juízos criminais, sendo que a Emenda VI consagrou o direito ao júri de todo acusado em processo criminal, inclusive, por determinação da Suprema Corte, nos casos de competência local dos Estados.

A V Emenda reconhece necessidade da acusação por parte do *Grand Jury* nos casos de delito capital ou outro infamante, sendo que o Grand Jury somente se aplica nos processos criminais e não nos cíveis. Tanto que é chamado de "'escudo' porque se situa entre o acusador e o acusado, protegendo o indivíduo contra a persecução penal opressiva e infundada, e a espada, porque pode atuar como órgão de investigação contra um suspeito".¹⁴⁰

A VI Emenda estabelece que todos os acusados têm direito a um julgamento público e rápido, por meio de um jurado imparcial e selecionado no Estado e no Distrito

¹³⁸Cf. MÍNGUEZ, Elizabeth Cardona. **El Jurado**: su Tratamiento em el Derecho Procesal Español. Madrid: Dykinson, 2000. p.81.

¹³⁹LIMA, op. cit., p.148.

¹⁴⁰VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri. Na ordem constitucional brasileira**: um órgão da cidadania. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p.120.

onde o delito foi cometido, distrito este que será previamente estabelecido por lei; direito a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser acercado com as testemunhas que lhe são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas de defesa e a ser assistido por advogado.

O júri americano deve ser composto de pessoas sorteadas nas vizinhanças do crime, presumindo-se que seja por aquelas redondezas a residência do acusado, que assim gozará do direito de ser julgado pelos seus vizinhos, mantendo-se a tradição do julgamento pelos seus pares.¹⁴¹

Portanto, a base do tribunal do júri americano é a Constituição, razão pela qual o júri é direito substantivo fundamental de todo e qualquer acusado que cometer delito que a ele deva se submeter.

Toda a regulamentação do processo perante o júri, no plano processual, está submetida à conformidade com o direito fundamental estabelecido na Constituição, logo há um limite à vontade normativa ordinária que, se ultrapassada, será inconstitucional. Comportamento que também deveria inspirar o legislador brasileiro, pois a Constituição não pode ser interpretada por meio do Código de Processo Penal, mas sim, vice-versa.

A pedra angular da justiça nos *EUA* é o processo perante o tribunal do júri, pois o cidadão americano tem plena consciência de que sua participação na vida pública não apenas se efetua a partir do direito ao voto, mas sim, em especial, de sua integração ao corpo de jurados. A cidadania também é exercida no tribunal do júri, pois o poder emana do povo e, por intermédio dele, se evitam decisões arbitrárias na aplicação da lei.¹⁴²

A dificuldade de estudar-se o júri americano é que cada Estado tem um sistema de jurado próprio, pois somente sete Estados exigem um júri de doze membros submetido ao critério de decisão por unanimidade, tanto em casos cíveis como criminais. O tamanho do corpo de jurados varia entre seis e doze membros, e

¹⁴¹FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal**: um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. p.19.

¹⁴²Williams v. Florida, 399 US 78. 1970, apud MÍNGUEZ, op. cit., p.69.

quanto à decisão, esta pode ser por unanimidade até a maioria de dois terços de votos, dependendo do Estado.¹⁴³

Contudo, no júri federal a composição é de doze pessoas e o veredicto tem de ser unânime para todos os casos criminais. No júri estadual a Constituição não impõe um número determinado de jurados, razão pela qual a matéria é disciplinada pelo Tribunal Supremo Federal. Em se tratando de delitos graves a composição de doze membros no júri, bem como decisão unânime são exigidos em quase todos os Estados, com exceção dos Estados de *Arizona* e *Utah*, que permitem um corpo de jurados formado por oito membros, e os Estados de *Connecticut*, *Florida*, *Massachusetts* e *Nebraska*, onde é possível um corpo de jurados integrado por seis membros, desde que a decisão seja por unanimidade.¹⁴⁴

O respeito à liberdade é tão grande que no caso de decisão por maioria de votos o Tribunal Supremo tem declarado sua inconstitucionalidade quando o júri é composto por menos de seis membros (*cf. Ballew v. Geórgia*, 1978 e; *Burch v. Louisiana*, 1979).

A decisão, no júri americano, portanto, em regra, não só é unânime, assim como, principalmente, deve ser discutida entre os integrantes do corpo de jurados, pois é fruto do exercício da cidadania que simboliza e encarna a participação popular nas decisões judiciais. Não há como exercer cidadania e direito ao voto (no sentido de condenar ou absolver o indivíduo) senão por meio do debate, do diálogo, sem descuidar a ética no exercício do poder.

Assim, em síntese, funciona o júri americano.¹⁴⁵

¹⁴³MÍNGUEZ, op. cit., p.68.

¹⁴⁴MÍNGUEZ, op. cit., p.75.

¹⁴⁵Para tanto, cf. O filme *DOZE HOMENS E UMA SENTENÇA* (1957) - com Henry Fonda, Lee J. Cobb. Dir. Sidney Lumet onde se poderá conhecer bem a importância da linguagem utilizada pelos jurados na sala secreta.

2.2.3 França

Na França, outro berço dos direitos humanos, com a Revolução de 1789, visando combater o autoritarismo dos magistrados do *ancién régime*, que cediam à pressão da monarquia e das dinastias das quais dependiam, o tribunal do júri foi a tábua de salvação. Os juízes não eram dotados, como hoje, de independência funcional, razão pela qual a justiça deveria ser feita pela própria sociedade. Nesse viés histórico, o júri francês representa um símbolo ideológico da Revolução Francesa.

Tanto que Frederico Marques analisando o nascimento do júri e as razões que o fizeram florescer pelo mundo afirma que ele perdeu sua razão de ser, *in verbis*: "É que o júri, levado ao continente europeu como reação à magistratura das monarquias absolutistas, perdeu seu aspecto político depois que o judiciário adquiriu independência em face do executivo."¹⁴⁶

Dotada de uma estrutura processual inquisitiva, a França necessitava de um mecanismo de controle do abuso estatal durante o procedimento criminal, pois a tortura¹⁴⁷, como meio de prova, era prática comum. O júri, então, veio colocar um freio nesse abuso representando os valores e os ideais dos revolucionários da época que fundaram a Revolução em três conceitos básicos: *liberdade, igualdade e fraternidade*. Liberdade de decisão dos cidadãos; igualdade perante a justiça e fraternidade no exercício democrático do poder.

A condenação no júri, pós-revolução, somente poderia ser alcançada se houvesse dez votos dentre os doze que integravam o júri, pois o júri era visto como instrumento de proteção do indivíduo ante o Estado. Na medida em que os ideais revolucionários foram esfriando mitigou-se a necessidade de proteção e, em 1793, o

¹⁴⁶MARQUES, J. F., **A instituição...**, op. cit., p.15.

¹⁴⁷A tortura, como meio de prova, foi abolida pela *Ordenanza* de 09 de outubro de 1789, não obstante se reservar ao direito de restituí-la.

veredicto de culpabilidade poderia ser dado por maioria de sete votos dentre os doze, pois considerava-se que a regra anterior favorecia a impunidade.¹⁴⁸

O júri francês passou por diversas modificações durante sua história, pois, inicialmente, era ligado às funções eleitorais, sendo os jurados escolhidos pela lista eleitoral. Ou seja, era jurado quem podia ser eleitor, tornando o júri uma instituição política e não judicial, pois ao mesmo tempo em que era obrigatório ser jurado, não era obrigatório ser eleitor.

Atualmente a disciplina do júri é feita no Livro II, Título I - artigos 231 a 380 do Código de Processo Penal francês, sendo o artigo 231 que delimita a competência da chamada *Cours d'Assises* com a formação de escabinato, ou seja, três magistrados e nove jurados, sendo um juiz na função de Presidente e os outros dois na função de assessores.

O escabinato decide em sessão secreta e individual, por meio de quesitos distintos e sucessivos que se dirigem ao fato principal da imputação penal e, após, sobre cada uma das circunstâncias agravantes, questões subsidiárias e sobre cada um dos fatos que constituem uma causa legal de diminuição da pena.

A culpa do acusado somente será reconhecida se houver pelo menos oito votos, dentre os doze integrantes do júri, ou seja, dois terços dos votos. Os jurados, no escabinato, decidem também sobre a aplicação da pena, e a pena máxima deve ser aplicada pelo voto de oito jurados, sendo decisão por maioria absoluta, ou seja, pelo menos cinco jurados, dentre os nove que integram o júri, devem decidir sobre o quantum máximo da pena, se esta tiver que ser aplicada.¹⁴⁹

¹⁴⁸MÍNGUEZ, op. cit., p.111.

¹⁴⁹Elizabeth Cardona Mínguez informa-nos que no final de 1996 houve uma reforma que, se foi aprovada, passou a denominar a *Cour d'assises de tribunal d'assises* atuando em todos os casos de competência de Tribunal de Primeira Instância (cf. MÍNGUEZ, op. cit., p.118).

2.2.4 Itália

A primeira disciplina normativa do tribunal do júri na Itália foi estabelecida pelo *Código di Procedura Penale* de 1859 e modificado pelo *Reglamento giudiziario* de 14 de dezembro de 1865 e a lei de 08 de junho de 1874, baseadas na separação entre juízo de fato e juízo de direito.

Contudo, dado o movimento revolucionário que se expandia pela Europa, ganhou força a chamada contra-revolução, que instituiu o movimento fascista, pois a crise que se alastrou pela Europa do entre-guerras provocou intranquilidade e conflitos sociais, fortalecendo idéias revolucionárias que explodiam. O sistema capitalista estava falindo, na opinião dos socialistas que o culpavam pela crise e pelo agravamento dos problemas sociais, razão pela qual a revolução era a solução para democratizar os meios de produção. Os governos europeus, principalmente os da Itália e Alemanha, mostravam-se incapazes de controlar as crises econômicas, que poderiam levar a uma revolução bolchevista e ao avanço da poderosa força da classe trabalhadora. A classe detentora do poder se achava ameaçada. Os capitalistas apoiavam e queriam o regime fascista para colocar um fim na balbúrdia social.

Depois da guerra, a inflação arruinara pessoas de todos os escalões sociais, e os apuros dos pobres se acentuaram, pois os preços subiram muito e eles não podiam comprar comida, enquanto o desemprego se alastrava nas cidades.¹⁵⁰

Mussolini, antigo jornalista socialista, com grande poder de oratória, consegue que o Rei desfaça o governo e permita a formação de outro com integrantes de outros partidos. Era o início do golpe.

Fascismo vem da palavra italiana **fascio**, traduzida por feixe; feixes de varas carregadas pelos *lictors*, oficiais romanos que, às vezes, guardavam neles seus machados. Esses *lictors* marchavam à frente dos principais magistrados da antiga Roma, cônsules e pretores, tendo a função de afastar, talvez com as varas, a

¹⁵⁰ROBERTS, J.M. **O livro de ouro da história do mundo**: da pré-história à idade contemporânea. Tradução de: Laura Alves e outro. 2.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p.696.

multidão. Benito Mussolini viu nesse feixe o emblema do fascismo, símbolo da unidade, da força, da (in)justiça.

Logo, o tribunal do júri que expressava a democracia, pois permitia que a sociedade integrasse o poder judicial e julgasse, foi aniquilado: o decreto de 23 de março de 1931 estabeleceu uma fórmula alternativa criando as *Corti d'Assise*, ou seja, o escabinato, ou também chamado de assessorado, para que determinadas pessoas que possuíam determinado *status* social e eram filiadas ao partido fascista participassem da administração da justiça. O júri é inimigo de todo e qualquer governo ditatorial que, ao assumir o poder, o elimina.¹⁵¹

O fascismo floresceu e como todo regime ditatorial chegou ao seu fim, mas nem por isso o júri, na Itália, renasceu da forma que era, pois permaneceu o assessorado.

No escabinato ou assessorado (*Corte d'Assise*) dois são os magistrados togados, um chamado de *giudice a latere* e o outro que preside o tribunal, que deve ser integrante da Corte de Apelação, e mais seis cidadãos, juízes leigos, sendo que três devem ser homens.¹⁵² Os juízes leigos integram o tribunal e, conseqüentemente, participam das decisões tanto quanto as questões de fato como as de direito e todas as que dizem respeito ao processo.

Os jurados leigos são escolhidos por sorteio pelo juiz presidente da Corte dentre cidadãos de boa conduta e idade entre trinta e sessenta e cinco anos,

¹⁵¹A Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937, que se inspirava na Constituição fascista da Polônia e instituía o fascismo no Brasil nas mãos de Vargas, sequer trouxe o Tribunal do Júri em seu corpo, levando autores a sustentarem que ele havia sido extinto. Contudo, em 5 de janeiro de 1938, foi promulgado o Decreto-lei n.º 167, regulando a instituição do júri com uma grande novidade: o veredicto dos jurados deixava de ser soberano, admitindo apelação da decisão dos jurados desde que houvesse injustiça da decisão, por sua completa divergência, com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário (art. 92, b), podendo o Tribunal de Apelação (hoje Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) aplicar a pena justa ou absolver o réu (art. 96).

¹⁵²LEONE, Geovane. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: EJE, Tomo II. 1963, p.412.

portadores de escola média de primeiro grau; mas, se for integrante da Corte de apelação, o segundo grau é necessário.

A decisão do assessorado é pela maioria de votos, e em todos os casos prevalece a decisão mais favorável ao réu.

Não faltam vozes autorizadas criticando o tribunal do júri que se conhece e elogiando o escabinato, tipo italiano. Eis a voz de Aury Lopes Jr.:

Os conhecimentos e convicções pessoais que os leigos (em Direito) podem aportar são extremamente úteis para o juiz profissional, e o resultado do intercâmbio é francamente favorável para a melhor administração da justiça. Outra vantagem apontada é que no sistema de escabinato os juízes leigos e os profissionais formam um colegiado único, decidindo sobre o fato e o direito, de modo que os conhecimentos de um podem suprir as lacunas do outro.

(...)

Concluindo, ainda que o sistema de escabinos também possua inconvenientes, com certeza são muito menores que aqueles enumerados para o Tribunal do Júri. Como já apontado, não só é fundamental alterar a composição do órgão colegiado, mas também a forma como deve se desenvolver o próprio julgamento, incluindo aqui a necessária fundamentação que deve acompanhar a decisão.¹⁵³

2.2.5 Espanha

O júri espanhol tem disciplina constitucional em que se deixa claro que o cidadão tem direito a participar da administração da justiça, enquanto no júri americano trata-se de um direito do cidadão, ou seja, de uma garantia constitucional.

Artículo 125 da CE, in verbis:

1. Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

O Direito espanhol disciplina o júri em lei específica: LO 5/95 Del Tribunal Del Jurado.

¹⁵³LOPES JR., **Introdução...**, op. cit., p.148/149.

O Tribunal do Júri espanhol compõe-se de nove jurados e mais um Magistrado integrante da audiência provincial que o presidirá. Os jurados desempenham função emitindo veredicto declarando provado ou não o fato e, conseqüentemente, culpado ou inocente o acusado. A pena é aplicada pelo Magistrado-Presidente, que também resolve sobre a responsabilidade civil do acusado ou de terceiros quando solicitado.

Os jurados são eleitores e sorteados em cada província, dentro dos quinze últimos dias do mês de setembro dos anos pares, a fim de compor a lista bienal de candidatos a jurados.

As partes podem acordar quanto à dissolução do júri caso haja consenso no sentido de se condenar o réu, mas a pena não poderá ser superior a seis anos de privação de liberdade, isoladamente; ou cumulativamente, pena de multa ou privação de direitos. Na mesma orientação, não obstante o *Ministério Público estar sujeito ao princípio da legalidade, atuando com sujeição à Constituição, as leis e demais normas do ordenamento jurídico* espanhol (art. 105 da LECRIM), pode ele dispor do conteúdo material do processo e com "imparcialidade, objetividade e independência funcional"¹⁵⁴ retirar a pretensão acusatória com conseqüente dissolução do conselho de sentença e prolação de sentença absolutória.

Logo, se o Ministério Público espanhol postular pela absolvição o conselho é dissolvido e o réu absolvido. Ou seja, não se submete ao júri se o Ministério Público retirar a pretensão acusatória. Há, segundo Vicente Gimeno Sendra¹⁵⁵, forte inspiração e respeito ao princípio acusatório no direito espanhol por força do art. 6.1 do **CEDH**¹⁵⁶ em face da interpretação jurisprudencial efetuada pelo **TEDH**¹⁵⁷ o que, por si só, desautoriza julgamento se não há mais pretensão acusatória.

¹⁵⁴CATENA, Victor Morena. **Derecho Procesal Penal**. 3.ed., Madrid: Colex, 1999. p.244/245.

¹⁵⁵SENDRA, Vicente Gimeno. **Derecho Procesal Penal**. 3.ed. Madrid: Colex, 1999. p.78.

¹⁵⁶Convenção Européia dos Direitos Humanos.

¹⁵⁷Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

A deliberação será secreta e as portas cerradas e nenhum jurado poderá revelar o que nela ocorreu. Já a votação é nominal e em voz alta, por ordem alfabética, votando por último o jurado escolhido como porta voz (o primeiro a ser sorteado). O réu somente será considerado culpado se houver sete votos nesse sentido, dentre os nove.

A LO 5/95 que regula a função de jurado diz que o desempenho das funções de jurado será retribuído e indenizado na forma e quantia que a lei estabelecer, ou seja, trata-se de função pública e pessoal, porém remunerada.

2.2.6 Portugal

O tribunal do júri português é disciplinado pelo Decreto - Lei n.º 387-A/87 de 29 de dezembro. O julgamento pelo tribunal do júri em Portugal é facultativo, pois o réu somente irá a júri se as partes requererem, razão pela qual raramente há a instalação de sessão do júri. O Código de Processo Penal português é expresso:

Art. 13 – Compete ao tribunal do júri julgar os processo que, tendo a intervenção do júri sido requerida pelo Ministério Público, pelo assistente ou pelo arguido, respeitarem a crimes previstos no título II e no capítulo I do título V do livro II do Código Penal.

Contudo, uma vez requerida a intervenção ela será irretratável (art. 13, item 4). O requerimento de instalação do júri é feito no prazo que o Ministério Público tem para fazer a imputação penal.

O tribunal do júri português é composto pelos três juízes que constituem o tribunal coletivo e por quatro jurados efetivos e quatro suplentes, sendo presidido pelo presidente do tribunal coletivo e intervindo os jurados suplentes quando, durante o julgamento ou antes do seu início, algum dos efetivos se impossibilitar.¹⁵⁸

Em outras palavras, em Portugal adota-se o escabinato ou assessorado.

A função do escabinato português é intervir na decisão das questões da culpabilidade e na determinação da pena a ser aplicada, ou seja, a formação do escabinato com juízes togados permite que seja discutida o *quantum* da pena a ser

¹⁵⁸SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo, 2000. v.3. p.211.

aplicada, pois questões, estritamente, legais são conhecidas e compreendidas, já que integram o júri juízes togados.

A função de jurado em Portugal é remunerada e constitui serviço público obrigatório, não sendo lícita a recusa, que é considerada crime de desobediência qualificada, e o sorteio dos jurados é feito entre os eleitores que constam dos cadernos de recenseamento eleitoral.

Lênio Streck ensina sobre o júri português:

As decisões são tomadas por maioria simples.

Cada juiz e cada jurado deve enunciar as razões da sua opinião, indicando, sempre que possível, os meios de prova que serviram para formar a sua convicção.¹⁵⁹

Portanto, há a necessidade de fundamentação.

A necessidade de fundamentação e de comunicação entre os jurados é típica de um sistema judicial amparado no regime democrático, no qual maioria, por si só, não significa democracia, mas sim consenso que, se for com a liberdade do outro, não tem validade.

O preço que se paga no júri, de um modo geral, em face do consenso que se alcança envolvendo a liberdade é desproporcional com a luta social, em diversos países, inclusive e principalmente no Brasil, para se alcançar a democracia, e esta tem um preço que não pode ser a liberdade, porque foi exatamente em nome dela que se conquistou a democracia.

¹⁵⁹STRECK, **Tribunal...**, op. cit., p.83.

PARTE II
O JÚRI NO BRASIL

CAPÍTULO 3

DO IMPÉRIO BRASILEIRO AO ESTADO DE REPRESSÃO DE GETÚLIO VARGAS

3.1 O IMPÉRIO BRASILEIRO E O TRIBUNAL DO JÚRI: AS REFORMAS IMPERIAIS

O conhecido Grito do Ipiranga exigiu do Império brasileiro sacrifícios, tais como a extinção do tráfico de escravos, fim da manutenção dos privilégios comerciais britânicos e o pagamento das dívidas contraídas por Portugal, inclusive, a de um empréstimo inglês destinado a combater a independência do Brasil. Claro estava que a Inglaterra não queria a independência política do Brasil, pois se tinha como aliado Portugal e o Brasil colônia deste, logo, seus tentáculos se estendiam às terras brasileiras.

Durante quase três anos se arrastaram as negociações que finalizaram pela aceitação, pelo Governo Imperial, das imposições inglesas.¹⁶⁰ A influência inglesa, portanto, estava no seio da administração brasileira pela sua total dependência econômica.

Em 9 de janeiro de 1822, Dom Pedro, depois de ser instado pela Coroa Portuguesa a voltar para Portugal, resolve aqui permanecer (dia do fico) e, em 7 de setembro do mesmo ano, declara a independência do Brasil, tornando-se Imperador, aos 24 anos de idade, e recebendo o título de Dom Pedro I.

D. João VI somente reconheceu a independência do Brasil em 1825, recebendo em troca o título pessoal de Imperador, cláusulas que mantinham as vantagens da burguesia comercial portuguesa e a promessa de que o governo brasileiro não aceitaria a incorporação de nenhuma colônia portuguesa. Tratava-se de uma imposição inglesa.

¹⁶⁰ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. **Pequena história da formação social brasileira**. 4.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986. p.323.

Nesse caso, uma vez independente, o Brasil perdia um de seus grandes mercados, o maior de seus mercados na fase colonial, o de Portugal, fato que, por si só, faria surgir insurreições em diversas partes do País, com repercussões, também, no cenário jurídico.

Declarada a independência do Brasil, as leis portuguesas teriam aplicação no território brasileiro por força do Decreto de 20 de outubro de 1823, desde que não conflitassem com a soberania brasileira e com o novo regime, recentemente conquistados, razão pela qual o primeiro diploma processual (civil, comercial e penal), no Brasil independente, foram as Ordenações Filipinas, mantidas em vigor já que regiam desde 1603.

A elite brasileira também absorveu muito do liberalismo político da Inglaterra. A Assembléia Constituinte delineou uma constituição sob a direção de José Bonifácio de Andrada e Silva, um proeminente proprietário de terras e jurista. Ela copiava, em grande medida, o sistema parlamentar inglês, com o objetivo de criar um governo controlado pela elite por meio de uma elegibilidade altamente restritiva. O imperador Pedro I não gostou dela. Ele dissolveu a assembléia e arbitrariamente promulgou sua própria constituição.¹⁶¹

É nesse ambiente político conturbado e de liberdade da Metrópole que nasceu o júri, na Lei de 18 de julho de 1822, antes, portanto, da independência (7 de setembro de 1822) e da primeira Constituição brasileira (25 de março de 1824) e, ainda, sob o domínio português, mas sob forte influência inglesa. Na época, o júri era apenas para os crimes de imprensa e os jurados eram eleitos.

A primeira Constituição da história do Brasil nascia de cima para baixo, ou seja, foi imposta pelo Imperador ao povo que representava uma minoria branca e mestiça que votava e tinha participação na vida política. Os escravos estavam excluídos de seus dispositivos, até porque eram tratados como coisa.

O Brasil passava a ter um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo, inspirando-se na linha democrática européia e dando a D. Pedro I o título de Imperador e defensor perpétuo do Brasil, que foi dividido em Províncias,

¹⁶¹SKIDMORE, Thomas. **Uma história do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p.63.

adotando como religião oficial a Católica Apostólica e Romana (cf. arts. 1º. a 4º. da Constituição do Império).

A exclusão da maioria da população e a concentração do poder nas mãos do Imperador demonstravam o clima dentro do qual o Código de Processo Criminal do Império seria elaborado, em 1832.

Leslie Bethell e José Murilo de Carvalho ensinam que:

Na segunda metade de 1823, a oposição ao imperador tanto na Assembléia Constituinte quanto na imprensa tornou-se cada vez mais forte. Em 12 de novembro de 1823, a Assembléia foi dissolvida à força e, entre outros, José Bonifácio e seus irmãos mais jovens e mais liberais, foram presos e banidos para a França. O próprio Dom Pedro criou imediatamente um Conselho de Estado, que rapidamente redigiu uma constituição. Os Senadores eram escolhidos pelo imperador a partir de listas tríplices de eleitos nas províncias e seus mandatos eram vitalícios. Para participar das eleições primárias, o votante devia ter uma renda líquida anual de 100 mil-réis, proveniente de bens ou de emprego; os eleitores deviam ter uma renda mínima de 200 mil-réis. O imperador nomeava os juizes do supremo tribunal.¹⁶²

O poder era exercido pelo Imperador através da ideologia francesa de Clermont Tonnerre e Benjamim Constant, que elaboraram a doutrina do Poder Moderador, ou seja, o Monarca "intervinha legalmente nos campos formalmente definidos nos quais se exerciam as práticas do demais poderes".¹⁶³ Em outras palavras, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário eram limitados em suas funções, pois o Poder Moderador ultrapassava os limites estabelecidos na Constituição e os usurpavam.

A Constituição de 1824 colocava os jurados como integrantes do poder judiciário com competência (territorial) tanto no cível como no crime e lhes dava

¹⁶²BETHELL, Leslie; CARVALHO, José Murilo de. O Brasil da independência a meados do século XIX. In: BETHELL, Leslie. **História da América Latina**: da independência até 1870. São Paulo: EDUSP, 2001. v.3. p.700.

¹⁶³ALBUQUERQUE, op. cit., p.342.

competência para decidirem sobre o fato e aos juízes para aplicarem a lei (cf. arts. 151 e 152 da Constituição de 1824¹⁶⁴).

Vários fatores locais e regionais (as más condições de vida dos militares com atraso do soldo e a rígida disciplina a que se submetiam) e até internacionais (a queda de Carlos X na França; a guerra entre Brasil e Argentina, na época Províncias Unidas do Rio da Prata) precipitaram a abdicação (7 de abril de 1831) e o retorno de Dom Pedro I para a Inglaterra, a fim de recuperar o trono que era ocupado, em Portugal, por seu irmão, Dom Miguel, deixando aqui seu filho de apenas cinco anos de idade, Pedro II.

Como Pedro II era menor, o País foi regido por figuras políticas que governavam em nome do Imperador; por isso, essa fase (de 1831 a 1840) foi chamada de *Regência*, em que várias reformas importantes trataram de suprimir ou diminuir as atribuições de órgãos da Monarquia e estabelecer uma nova estrutura legal para o País.

É nesse contexto histórico que entrou em vigor o Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, dando maiores poderes aos juízes de paz. Boris Fausto conta essa história:

Em 1832, entrou em vigor o Código de Processo Criminal, que fixou normas para aplicação do Código Criminal de 1830. O Código de Processo deu maiores poderes aos juízes de paz, eleitos nas localidades já no reinado de Dom Pedro I, mas que agora podiam, por exemplo, prender e julgar pessoas acusadas de cometer pequenas infrações. Ao mesmo tempo, seguindo o modelo americano e inglês, o Código de Processo instituiu o júri, para julgar a grande maioria dos crimes, e o habeas corpus, a ser concedido a pessoas presas ilegalmente, ou cuja liberdade fosse ameaçada.¹⁶⁵

¹⁶⁴Texto da Constituição de 1824. "Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juízes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei."

¹⁶⁵FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 6.ed. São Paulo: EDUSP, 1999. p.163.

Mais adiante, continua o historiador a ensinar a história dos bastidores do processo penal brasileiro a fim de se entender o júri:

Os traficantes (de escravos¹⁶⁶) ainda não eram malvistas nas camadas dominantes e se beneficiaram também das reformas descentralizadoras, realizadas pela Regência. Os júris locais, controlados pelos grandes proprietários, absolviam os poucos acusados que iam a julgamento. A lei (de 7 de novembro) de 1831 (que proibia o tráfico de escravos para o Brasil) foi considerada uma lei para “inglês ver”. Daí em diante, essa expressão se tornou comum para indicar alguma atitude que só tem aparência e não é para valer.¹⁶⁷

Habermas, contudo, ensina como entender legítima uma lei:

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio” de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos.¹⁶⁸

Em 29 de novembro de 1832 entrou em vigor o Código de Processo Criminal do Império de primeira instância¹⁶⁹, promulgado pela Regência Permanente Trina (Francisco de Lima e Silva, José da Costa Carvalho e João Bráulio Muniz), permitindo que pudessem ser jurados apenas os cidadãos que fossem eleitores, sendo de reconhecido bom senso e probidade (art. 23 do CPCI¹⁷⁰). Conseqüentemente, somente seriam jurados os que tivessem uma boa situação econômica, já que estes é que podiam votar.

¹⁶⁶“Quatro anos depois de definitivamente implantado o fim do tráfico negreiro, os grandes traficantes, que partilhavam das benesses da Corte, já tinham se bandeado para atividades menos lucrativas, porém mais nobres. Eram financistas, banqueiros, altos negociantes, exportadores, armadores – e portanto já estavam num patamar inalcançável pela justiça dos homens comuns.” (MARCHI, op. cit., p.230).

¹⁶⁷FAUSTO, **História...**, op. cit., p.194.

¹⁶⁸habermas, op. cit., p.52.

¹⁶⁹“O Código de Processo Criminal do Império, como bem salienta Cândido de Oliveira Filho, imitando as leis inglesas, norte- americanas e francesas, deu ao Júri atribuições amplíssimas, superiores ao grau de desenvolvimento da ação, que se constituía, esquecendo-se, assim, o legislador de que as instituições judiciárias (...) para que tenham bom êxito, também exigem cultura, terreno e clima apropriados” (MARQUES, J. F., **A Instituição...**, op. cit., p.16).

¹⁷⁰Código de Processo Criminal do Império.

Se a pessoa podia ser jurada, ela podia ser eleitora; se ela era eleitora, ela podia ser jurada. Nasce aí a distância entre os jurados e os réus. Os réus nem sempre eram eleitores, mas pessoas das camadas mais baixas da sociedade, muitas daquelas que depois se passaria a chamar de excluídos sociais ou, na linguagem de Dussel, as *vítimas*.

Logo, integrar o júri era algo possível apenas para determinada classe social, fazendo falecer de legitimidade a formação do conselho de sentença.

No júri do império havia o *grande júri* (*grand jury*) e o *pequeno júri* (*petty jury*). O primeiro, com debates entre os jurados, decidia se procedia a acusação contra o réu. Se os jurados respondessem afirmativamente, o réu seria submetido a julgamento perante o pequeno júri. Do contrário, o juiz julgava improcedente a denúncia ou queixa¹⁷¹ (cf. arts. 248 a 253 do CPCI).

Veja-se o que dizia o Código de Processo Criminal do Império:

Art. 248. Finda a ratificação do processo, ou formada a culpa, o Presidente fará sahir da sala as pessoas admitidas, e depois do debate, que se suscitar entre os jurados, pora a votos a questão seguinte:

Procede a accusação contra alguém?

O Secretário escreverá as respostas pelas fórmulas seguintes:

O Jury achou materia para accusação contra F. ou F.

O Jury não achou materia para accusação.

João Mendes de Almeida Júnior informa:

O nosso Código de Processo consagrou os dois júris, dando ao grande júri o nome de Júri de acusação e ao pequeno júri o nome de Júri de sentença; entretanto, não seguiu completamente o sistema inglês, isto é, não admitiu que a queixa ou denúncia pudesse ser diretamente apresentada ao Júri de acusação. Os arts. 144 e 145 determinavam, neste ponto, o sistema do nosso Código: – o Juiz de Paz, a quem era apresentada a queixa ou a denúncia, depois de proceder as diligências, inquirições, interrogatório, em suma, aos atos da formação da culpa, pronunciava ou não o indiciado, declarando procedente ou improcedente a queixa ou denúncia.¹⁷²

¹⁷¹Art. 251 do CPCI – "quando a decisão fôr negativa, o Juiz de Direito, por sua sentença lançada nos autos, julgará de nenhum effeito a queixa, ou a denuncia" (sic).

¹⁷²ALMEIDA JR., op. cit., p.233.

Nessa época, saudosa, os jurados debatiam o fato/caso penal entre si para decidir se o réu iria ou não a plenário ser julgado, dando maior transparência e legitimidade às decisões do júri de acusação. A decisão do júri de acusação era, verdadeiramente, democrática, não obstante sua formação se pautar no poder aquisitivo dos jurados.

Destarte, o grande júri exercia o papel que hoje é dado ao juiz togado na decisão interlocutória de pronúncia (art. 408 do CPP = julgar admissível a acusação para efeito de submeter os acusados a julgamento). A sociedade é quem dizia se o réu devia ou não ir a julgamento popular. Era um mecanismo de controle popular sobre o exercício abusivo da acusação do Estado absolutista de levar um de seus súditos ao banco dos réus, sem que houvesse o mínimo de provas autorizadoras.

Decidido, pelos 23 jurados, que o réu seria julgado pelo Conselho de Sentença este, formado por 12 outros jurados, decidiria sobre o mérito da acusação. Era o pequeno júri que decidia, debatendo o fato/caso penal entre si, a sós, em um espírito bem mais democrático do que dos dias atuais.

Eis o art. 270, do CPCI:

Art. 270. Retirando-se os jurados a outra sala, conferenciarão sós, e a portas fechadas, sobre cada uma das questões propostas, e o que for julgado pela maioria absoluta de votos, será escripto, e publicado como no júri de accusação.

Art. 289. Os jurados que servirem no jury de accusação, não entrarão no de julgamento.

Os que comparecerem em uma sessão, não servirão em outra, enquanto não tiverem servido todos os alistados, ou não o exigir a necessidade por falta absoluta de outros.

A regra impeditiva de que os jurados que participaram do júri de acusação (decisão de pronúncia de hoje) não pudessem participar do de julgamento era clara em assegurar a imparcialidade do juiz natural do fato/caso penal, ou seja, se já se manifestaram quanto à admissibilidade da acusação era porque entendiam que existiam indícios de autoria e materialidade do crime em desfavor do réu logo, não podiam julgar o mérito. O mérito era decidido por outro corpo de jurados.

Contudo, tal regra não é usada nos dias de hoje em que o juiz da decisão de pronúncia, muitas vezes, é o próprio juiz presidente da sessão plenária, com graves prejuízos à imparcialidade do julgamento.¹⁷³

O código atual tem regra clara que demonstra que o juiz do julgamento não pode ser, diante da Constituição da República, o mesmo que funcionou no curso do processo. Logo, mister se faz a existência de um juiz apenas para presidir o julgamento, livre e desembaraçado de todo e qualquer incidente ocorrido durante a instrução, bem como, de toda e qualquer medida que possa comprometer sua imparcialidade.¹⁷⁴

A estrutura do tribunal do júri no Império, levando-se em conta a sociedade da época, foi a mais democrática já tida no ordenamento jurídico brasileiro, até porque originária do berço da democracia e dos direitos e garantias individuais: a Inglaterra.

Analisando o júri nessa época, Fauzi Hassan Choukr, faz as seguintes assertivas:

- a) a eleição popular do jurado foi uma momentânea escolha do legislador que jamais se repetiu no direito positivo, seja no período imperial ou após a proclamação da República;¹⁷⁵

¹⁷³O advogado de Coqueiro pediu anulação do segundo julgamento, por ter sido organizado pelo mesmo juiz do primeiro, o que era vedado pela lei, mas o tribunal considerou que o juiz do primeiro julgamento não interferira no segundo julgamento. 'Limitou-se a fazer a chamada (dos jurados); a verificação das cédulas e os actos preparatórios'. Ou seja: o juiz tinha feito exatamente o que a lei proibia, mas o tribunal negou-se a reconhecer nos seus atos qualquer deslize que justificasse a nulidade do processo. O acórdão, aprovado por dez votos a um, era concluído com uma afirmação um tanto cínica: 'As demais faltas allegadas são meras irregularidades que não induzem nullidade ao processo, no qual observavão-se todas as formulas substanciaes'. Também para Coqueiro, agora restava uma definitiva opção: era a graça imperial ou o barão." (MARCHI, op. cit., p.240).

¹⁷⁴Art. 423. "As justificações e perícias requeridas pelas partes serão determinadas somente pelo presidente do tribunal, com intimação dos interessados, ou pelo juiz a quem couber o preparo do processo até julgamento."

¹⁷⁵O autor se refere ao Código de Processo Criminal do Império de Primeira Instância de 1832, sem as reformas de 1841.

- b) o juízo de admissibilidade popular, totalmente consentâneo com o primado da participação popular na administração da justiça, assim como muito mais fiel ao preceito constitucional do juiz natural, jamais retornou ao direito positivo;
- c) a discussão da causa entre os jurados como forma de obtenção do veredicto, mecanismo extremamente democrático, fez parte da regulamentação jurídica do tribunal do júri e foi completamente abandonada nas reformas posteriores.¹⁷⁶

Quando da abdicação do Imperador, em 1831, os liberais que constituíam a maioria no governo postularam a descentralização do poder. O governo criou, em 18 de agosto de 1831, a Guarda Nacional que era uma milícia armada dirigida pelos grandes proprietários de terras. Essa fase foi marcada por várias rebeliões e revoltas provinciais que exigiram do governo uma posição mais dura e maior centralização do poder, porém, havia necessidade de antecipar-se a maioridade do imperador para protegê-lo.

O Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 (adicional porque fez adições e alterações na Constituição de 1824) trouxe modificações importantes que influíram no júri do império, tais como: os presidentes das províncias continuavam a ser designados pelo governo central, criando-se ainda as Assembléias Provinciais com maiores poderes, substituindo os Conselhos Gerais; "extinguiu o Conselho de Estado e transformava a regência de trina em uma, eleita pelo conjunto do país através do voto censitário"¹⁷⁷; as Assembléias Provinciais podiam nomear e demitir funcionários públicos, fato que, por si só, deu um poder aos políticos locais que negociavam favores em troca de votos, ou perseguiram seus inimigos políticos e, por último, legislar sobre organização judiciária. Claro que na medida em que as Assembléias influenciavam na nomeação dos presidentes das províncias e nomeavam e demitiam os funcionários que queriam o júri sofria com a intervenção

¹⁷⁶CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **A reforma processual penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001. p.102/103.

¹⁷⁷MONTEIRO, Hamilton de Mattos. Da independência à vitória da ordem. In: Linhares, Maria Yedda (Org.). **História Geral do Brasil**. 9.ed., 5. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1990. p.139.

indevida do poder soberano, pois os juízes de paz, bem como os jurados, eram escolhidos a dedo pelos senhores de engenho.

Depois da edição do Ato Adicional, várias insurreições ocorreram e fizeram com que surgisse a necessidade de uma profunda reforma na organização estatal.

Na medida em que o governo central deu autonomia às Assembléias Provinciais e permitiu que elas pudessem organizar melhor a renda entre eles (governo e Assembléias), surgiram as disputas entre as elites regionais que queriam controlar sozinhas as Províncias que estavam crescendo.

Foram elas: Cabanagem, no Pará (1835-1840), que não deve ser confundida com a Guerra dos Cabanos, em Pernambuco (1832-1835); a Sabinada, na Bahia (1837-1838); a Balaiada, no Maranhão (1838-1840) e a Farroupilha, no Rio Grande do Sul (1836-1845).

Boris Fausto diz:

As revoltas do período regencial não se enquadram em uma moldura única. Elas tinham a ver com as dificuldades cotidianas e as incertezas da organização política, mas cada uma delas resultou de realidades específicas, provinciais ou locais.

Em 1832, a situação se tornou tão séria que o Conselho de Estado foi consultado sobre que medidas deveriam ser tomadas para salvar o imperador menino, caso a anarquia se instalasse na cidade e as províncias do Norte se separassem das do Sul.¹⁷⁸

Nesse viés de rebeliões, o governo aprova uma reforma processual penal para, com a desculpa de sempre, conter a onda de violência: é o advento da Lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, que surge como consequência dessas revoltas: o júri, como estrutura acusatória, sofre um duro golpe.

Os discursos parlamentares travados no senado imperial dão bem a idéia da origem do sistema brasileiro e de onde foram buscar inspiração para acabar com o grande júri. O autor do projeto de lei, que redundou no desaparecimento do grande júri, foi o senador Vasconcellos. Durante as discussões foram vários os argumentos prós e contras o grande júri. Aqueles que queriam mantê-lo justificavam que a

¹⁷⁸FAUSTO, **História...**, op. cit. p.164.

Inglaterra era o berço sobre o qual o Brasil deveria se pautar para manutenção do grande júri, pois havia nele um respeito às liberdades públicas. Alguns senadores, como Almeida Albuquerque, defendiam a manutenção do grande júri, porém queriam diminuir o número de jurados que os integraria, entre 08 e 12 jurados. O senador Costa Ferreira¹⁷⁹ chegou a afirmar que os dois conselhos de jurados são as duas pedras angulares sem as quais o edifício social se desmorona. Dizia que o "grande júri foi criado no tempo de Alfredo, porque apareceram grandes abusos em um só júri; e porque hoje em dia nós queremos acabar com ele?"

Os que eram contra o grande júri (entre eles Carneiro Campos e Manuel Alves Branco) justificavam à luz do sistema de júri francês. O Senador Alves Branco alegava que:

Direi poucas palavras sobre o artigo que está em discussão (supressão do grande júri). Um nobre senador fez-nos apologia do júri inglês, eu também acho muito bom o júri inglês, mas não se deve concluir dele para o nosso; o nosso é diverso. O júri inglês compreende muitas atribuições administrativas que não são conferidas ao nosso, que é meramente criminal. As assembleias provinciais entre nós, assim como os conselhos gerais na França, é que desempenham as funções do grande júri inglês na parte administrativa: portanto, a parte pela qual o nobre senador elogiou o júri inglês, e pela qual nos quis provar que deveria ser conservado o grande júri entre nós, não é concludente. Eu também gosto de procurar as instituições das nações adiantadas quando se trata de estabelecer instituições no nosso país, porque entendo que todas as nações assim têm procedido, e hão de proceder, se quiserem marchar bem.

Desde os primeiros tempos do mundo assim acontecia; a nação que está mais adiantada ensina a outra, essa outra aprende dela e não é possível que nós queiramos limitar-nos ao nosso pequeno círculo de idéias, quando quisermos estabelecer instituições boas no país, sem que recorramos a ver o que as nações mais adiantadas têm feito em tal ou tal caso, para aproveitá-lo, quando se derem circunstâncias idênticas. Mas, enfim, eu não querei aplicar as instituições de um país velho e adiantado a um país novo como o nosso.

Ora, estará o nosso primeiro júri no mesmo caso do grande júri inglês? Os ingleses quiseram, e devem sustentá-lo em quanto não for melhor reformado, porque enfim não se tem dado mal com ele, ao menos não há na população grande desejo de o destruir, e eles têm meios de sustentar o grande e o pequeno júri; mas nós, com uma população muito diminuta realmente não podemos sustentar o primeiro júri: sabemos que é uma perfeita ilusão o grande júri entre nós; ordinariamente é nas ocasiões de se fazer reunir o tribunal que se manda chamar uma porção de homens para o formar, e daí resultar os abusos imensos. Creio que todos sabem mesmo como os advogados hábeis preparam a decisão

¹⁷⁹Sessão de 1.º de agosto de 1840 do Senado do Império sob a presidência do Sr. Marques de Paranaguá. (www.senado.gov.br - Publicações. Anais do Senado, Livro 5, p. 231).

do nosso grande júri. Ora, à vista da falta de população em que se acha o império, parecia que nos devíamos limitar a um júri unicamente se acaso e seguisse daqui um grande inconveniente a respeito de garantias das liberdades públicas, ainda bem; mas acho que não resulta inconveniente algum da supressão do primeiro júri; já na França aconteceu isto mesmo, e é bem notável que Bentham, jurisconsulto inglês, e jurisconsulto que não é suspeito, porque é radical, falando do júri, diz que não teria dúvida alguma de acabar com o grande júri na Inglaterra, e apenas aplicaria o primeiro júri na primeira instância. Eis aqui a opinião deste jurisconsulto radical a respeito do júri na Inglaterra. Ora, tendo nós para o segundo júri muito maior número de pessoas, poderemos dar melhores qualificações aos jurados, e creio que daqui não haverá inconveniente algum, porque são cidadãos tirados à sorte para julgarem, os quais podem ser recusados pelos réus.

p. 354 (...)

A França aboliu o primeiro júri, depois da experiência de 25 anos; e tratando-se de reformar o seu código no ano de 1830, não houve uma só opinião nas câmaras francesas, tanto do lado dos legitimistas como do lado dos republicanos, que se lembrasse de reproduzir o primeiro júri; o que é uma prova convincente de que ele não é considerado como uma garantia das liberdades públicas. Se o fosse, apareceria sua reprodução, e ela sem dúvida passaria. Julguei conveniente dizer isto para que não pareça que aqueles acabaram com o primeiro júri são homens que querem acabar com as liberdades públicas: a experiência tem mostrado que ele não serve de tal garantia.¹⁸⁰

As palavras do Senador Manoel Alves Branco comprovam que o berço da reforma do grande júri no sistema brasileiro foi a França, pois serviu de parâmetro para que fosse abolido no Brasil o grande júri. Logo, diferente do que se possa pensar, não foi a Inglaterra a inspiração para a reforma de 1841, mas sim a França. Em outras palavras, foi ditatorial a reforma de 1841, pois apoiada em um sistema político repressor como o de Napoleão. A supressão do grande júri foi um retrocesso do processo penal brasileiro com a nítida intenção de estabelecer um sistema punitivo inquisidor, retirando uma garantia fundamental do acusado: ter a pretensão acusatória apreciada pelos seus pares e não por um juiz e/ou delegado de polícia. A partir daí, então, estava pronto o sistema, era só iniciar a caça aos culpados.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho ensina:

Napoleão, um ditador como qualquer outro que, entre outras coisas, influenciou diretamente na direção de um retorno à estrutura do *ancien regime* (...), mas só conseguiu acabar com o júri de acusação, o que , aparentemente, não iria produzir (embora tenha efetivamente produzido), um grande efeito. “Napoleão quis também acabar com o júri de julgamento, mas o Conselho de Estado, fiel aos princípios da Revolução, opôs-se.

¹⁸⁰Op. cit. p.225/226 e 354.

(....)

De qualquer forma, é preciso estar atento para o fato de que o Código Napoleônico informou a grande maioria das legislações da Europa continental e, de consequência, aquelas as quais estas influenciaram, entre outras a nossa, hoje em vigor.¹⁸¹

A Lei n.º 261, regulamentada pelo Decreto n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, dava um conteúdo autoritário e centralista ao Código de Processo Criminal do Império.

João Mendes de Almeida Júnior ensina sobre a reforma:

A Lei (261, de 1841) não melhorou as condições do sistema. Ao contrário: restringiu as atribuições dos Juízes de Paz; criou os chefes de polícia, delegados, subdelegados, com atribuições judiciárias, inclusive a de formar a culpa e pronunciar em todos os crimes comuns; aboliu o júri de acusação, tornando independentes de sustentação as pronúncias proferidas pelos chefes de polícia e pelos juízes municipais, cabendo contra elas logo o recurso, e determinando que as pronúncias pelos delegados e subdelegados seriam sustentadas e revogadas pelos juízes municipais.¹⁸²

A reforma, portanto, visava retirar das mãos do povo o poder de decidir se um cidadão deveria ou não ser julgado pelo pequeno júri. O mecanismo de controle do arbítrio estatal foi extinto com a reforma.

A decisão da procedência (ou não) da pretensão acusatória não mais pertencia aos jurados (grande júri) e sim às autoridades policiais e aos juízes municipais, sendo que, quando a decisão de pronúncia fosse dada pelos delegados e subdelegados de polícia, ela dependeria de confirmação por parte dos juízes municipais. Os delegados, subdelegados e juízes municipais eram nomeados pelo Imperador, sendo que os dois primeiros poderiam ser também pelos Presidentes das Províncias, o que retirava deles a independência para proferir uma decisão que desagradasse a Corte. E mais: quem elaborava a lista dos jurados eram os delegados de polícia, que escolhiam os cidadãos que podiam ser eleitores,

¹⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 38/40.

¹⁸²ALMEIDA JR., op. cit., p.241.

excluindo da lista os que não tivessem, ao juízo deles, bom senso, integridade e bons costumes (arts. 27, 28 e 29 da Lei n.º 261, de 1841).

Nesse sentido, a mão forte do Estado tentava resolver os problemas sociais e políticos por meio da lei penal, como até hoje ocorre, sempre se mostrando com providências desastrosas o que aponta no sentido da imensa dificuldade em se aprender a correta lição.

Vale a pena transcrever o art. 54 da Lei n.º 261, de 1841, *in verbis*:

Art. 54. As sentenças de pronuncia nos crimes individuais proferidas pelos Chefes de Polícia, Juizes Municipais, e as dos Delegados e Subdelegados, que fôrem confirmadas pelos Juizes Municipaes, sujeitam os réos à accusação, e a serem julgados pelo Jury, procedendo-se na fórmula indicada no art. 254, e seguintes do Codigo de Processo Criminal.

A reforma visada tornar a punição mais fácil para atender aos interesses do Estado monárquico, pois, na medida em que esses funcionários não possuíam independência funcional e eram locados de acordo com os interesses do monarca, a decisão era a que expressava o poder soberano. Os jurados eram pessoas escolhidas pela Corte e de sua confiança, pois, ao contrário, não seriam escolhidos. Logo, o tribunal do júri estava desfigurado com a reforma.

Os jurados eram escolhidos entre os cidadãos que podiam ser eleitores (art. 27 da Lei n.º 261, de 1841), excluídos, portanto, os que tinham baixa condição econômica, criando, assim, um júri de classes. A participação, na vida política do Império era exercida por um pequeno grupo de brancos e mestiços que votava em detrimento da grande maioria, não só escravizada, mas excluída de qualquer poder político.

Os escravos¹⁸³ eram tratados como coisas e, conseqüentemente, estavam fora desse processo e eram a maioria da população, salvo os libertos, que, embora

¹⁸³"Ele sabia, melhor que ninguém, que crimes praticados por escravos precisavam ser habilmente investigados, porque os reais envoltimentos eram dissimulados; havia evidentes possibilidades de ocorrer terríveis erros judiciários. A primeira era que muitos escravos cometiam crimes obrigados por seus patrões; na justiça, os patrões culpavam os negros, alegando que eles tinham cometido o crime por arbítrio próprio e depois tentavam livrar sua responsabilidade dizendo

na condição de livres, não tinham boa situação econômica. Em 1835 havia 6 mil eleitores e a capacidade eleitoral ativa exigia não só a liberdade, mas também renda. Era o que chamavam de voto censitário: havia certos requisitos, inclusive de natureza econômica, a serem atendidos, razão pela qual a população, em sua maioria, era excluída.¹⁸⁴

A necessidade que o Estado tinha de condenar para tentar conter a onda de insurreição nas províncias fez com que, na reforma da Lei n.º 261, de 1841, o júri, que, até então, para condenar a pena de morte necessitava de unanimidade de votos, passasse a decidir pelo quórum de dois terços dos votos, sendo que às outras decisões poderiam ser por maioria absoluta, e, se houvesse empate, adotar-se-ia a decisão mais favorável ao réu (art. 66 da Lei n.º 261, de 1841), *in verbis*:

Art. 66. A decisão do Jury para applicação da pena de morte será vencida por duas terças partes de votos; todas as demais decisões sobre as questões propostas serão por maioria absoluta; e no caso de empate se adoptará a opinião mais favorável ao accusado.

A reforma processual penal, como até os dias de hoje acontece, veio facilitando decisões condenatórias, desde a escolha dos jurados, pelos delegados de polícia, como pelo quórum exigido para se decidir. O Estado Imperial queria ter um maior poder em suas mãos, em especial no que se referia ao júri. Até porque, os senhores de engenho, normalmente, integravam o corpo de jurados e, portanto,

terem sido mandados pelos patrões. O contrário também era verdade: muitos escravos espertos cometiam crimes por decisão própria e, para aliviar sua culpa, diziam terem sido mandados pelos seus patrões. Portanto, era sempre complicado elucidar crimes que envolviam interesses dos senhores e tinham participação de escravos (...) os escravos acabam sempre responsabilizados na maioria dos casos." (MARCHI, op. cit., p.235).

¹⁸⁴A violência na sociedade escravista não se limitava, pois, ao controle dos escravos, e o controle social não se baseava apenas na repressão. O objetivo geral da economia dos castigos, na sociedade escravista, era criar e manter os laços de dependência pessoal que uniam aos proprietários os indivíduos de *status* ou de condição econômica subordinada. Em relação a esse fim ordenavam-se, como numa série, a violência, efetiva e sua ameaça, e a benevolência, arbitrariamente concedida e/ou prometida (KOERNER, Andrei. Habeas corpus, pratica judicial e controle social no Brasil (1841-1920). **IBCCRIM**, São Paulo, n.10, 1999. p.30).

tinham poder sobre os demais ou sobre a escolha deles. Era o poder em suas mãos e, conseqüente e indiretamente, nas mãos do Imperador.

A independência do tribunal do júri ficou prejudicada com a reforma, pois suas decisões já não mais emanavam do seio popular quando de sua criação, embora fosse composto pelo *povo*. Era o início de sua falência. Era a luta de uma classe abastada contra uma classe de excluídos.

Passados os anos e após o fim da Guerra do Paraguai, em 1870, nova reforma processual penal separou, definitivamente, as funções da judicatura da atividade policial, modificando, inclusive, o tribunal do júri. Tratava-se da Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulada pelo Decreto n.º 4.824, de 22 de novembro de 1871.

O Império brasileiro, como conseqüência do conflito, no plano externo, ficou mais endividado perante a Inglaterra, com quem havia reatado relações diplomáticas logo no início do conflito, e fortaleceu, no plano interno, seu exército, criando uma distinção inesperada entre as elites civis, chamadas de casacas, e os militares. Fato que, por si só, autorizava e fazia emergir a referida reforma, que já vinha desde 1845, mediante o movimento reformista.¹⁸⁵ A reforma feita pela lei acima trouxe de importante para o júri a extinção das atribuições dos chefes de polícia, delegados e subdelegados para a formação da culpa e para pronunciar os acusados nos crimes comuns, passando tal atribuição a ser competência dos juízes de direito das comarcas (art. 4º. da Lei no 2.033, de 20 de setembro de 1871).

A reforma visava separar as funções da polícia das do Poder Judiciário, extinguindo a jurisdição dos Chefes de Polícia, Delegados e Subdelegados quando se tratava de julgamento dos crimes e criando, para tanto, a figura do hoje falido e famigerado inquérito policial. Era a invenção absurda, no caso do rito do júri, de uma terceira instrução, sempre sem qualquer sentido prático que as justificasse.

¹⁸⁵Cf. PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. São Paulo: Jolovi, 1983. p.145 e segs.

Aí está a origem, no Brasil, do cunho inquisitorial e *condenador* do inquérito policial. Basta ler, ainda hoje, a capa de um inquérito policial que se encontrará a expressão: *réu ou acusado*. E pior: juízes exercendo juízo de valor, na sentença, com base no inquérito policial; ou ainda, ao tomar os depoimentos das testemunhas ou do próprio réu, lerem primeiro o depoimento prestado em fase policial para perguntar se confirmam ou não o que disseram. Se confirmarem, o juiz faz consignar a expressão: *que confirma seu depoimento em fase policial*. O tempo passa, mas a prática é a mesma.

A Lei n.º 2.033, de 1871, revogou o art. 66 da Lei n.º 261, de 1841, acima citado, ou seja, foi ele derogado e restabelecido o art. 332, do Código de Processo Criminal. O que significava dizer: as decisões do júri passavam a ser tomada por duas terças parte de votos; somente para imposição da pena de morte é que seria necessária a unanimidade, mas em todo o caso, se houvesse maioria, impor-se-ia a pena imediatamente menor (art. 29, § 1º). Na dúvida, haveria condenação mesmo que a pena menor.

3.2 A REPÚBLICA E O TRIBUNAL DO JÚRI

A Guerra do Paraguai foi um sintoma forte de que, mais tarde, os militares, que andavam em baixa desde o período regencial de Feijó, quando foi criada a Guarda Nacional, iriam exigir a fatura: começa o movimento republicano que culmina com a Proclamação da República pelo Mal. Deodoro da Fonseca.

Vários fatores influenciaram para o fim do regime monárquico, mas os militares e um certo setor expressivo da burguesia cafeeira de São Paulo foram as principais forças que depuseram a Monarquia e, agora, iriam influir na República.¹⁸⁶

¹⁸⁶Quando o marechal Deodoro da Fonseca, por seu Ministério (de generais de brigada honorários), na atitude de um Estado-Maior na posição de sentido, teve um governador de sua escolha em cada província do antigo Império, a República havia recebido a sua estrutura definitiva. Pode se mesmo dizer que ela estava definitivamente organizada. A constituição do primeiro Congresso republicano não teve uma origem democrática. O ditador determinou aos governadores,

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, o Brasil passa a se aproximar mais dos Estados Unidos e a se afastar da Inglaterra, que não via com bons olhos a República. A aproximação do Brasil com os Estados Unidos tinha o objetivo de fazer com que houvesse apoio para que o Brasil se tornasse a primeira potência sul-americana, exigindo, assim, uma Constituição aproximada desses novos ideais políticos, econômicos e sociais.¹⁸⁷

Na primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, o júri era colocado dentro do título referente aos cidadãos brasileiros e na seção da declaração dos direitos, estabelecendo, no seu art. 72, § 31, que era "mantida a instituição do jury".

Tal assertiva fez com que se sustentasse que a Constituição, quando mantinha o júri, impedia que leis posteriores pudessem alterar sua essência e, caso assim o fizessem, seriam inconstitucionais.

A expressão *é mantida a instituição do júri* impedia que se fizesse qualquer alteração na sua essência por qualquer lei ordinária, mantendo-se o *status quo*. Ou seja, o júri deveria ser mantido do jeito que estava.

Rui Barbosa, citado por Frederico Marques¹⁸⁸, dizia que a intenção manifesta na Constituição de 1891 foi determinar que o Júri, *nos seus elementos substanciais, continuasse a existir tal qual era sob o regime anterior*. Logo, qualquer alteração que não respeitasse a essência do júri, seria inconstitucional.

por ele nomeados, que organizassem lista de eleitores obedientes e seguros, formando um Congresso constituinte que, instado em 15 de novembro de 1890, três dias depois aprovava, tendo contra apenas quatro votos, esta moção da autoria do Dr. Ubaldino do Amaral." (SILVA, Hélio. **1889**: a República não esperou o amanhecer. Porto Alegre: L&PM, 2005. p.105).

¹⁸⁷"Dessa ditadura nascia o presidencialismo brasileiro, copiado do figurino norte-americano pela cultura de Rui Barbosa, penteado pelo positivismo de Benjamin Constant e seus companheiros do Apostolado, mas genuinamente sul americano, caracteristicamente brasileiro. Com todos os indícios de hipertrofia que se agigantariam pela vida da República." (SILVA, H., **1889**..., op. cit., p.104).

¹⁸⁸ Marques, José Frederico. *A Instituição do Júri*. São Paulo: Saraiva, 1963, v. I, p. 22.

3.3 A REVOLUÇÃO DE 1930, O ESTADO NOVO E O TRATAMENTO DADO AO TRIBUNAL DO JÚRI

Banida a Monarquia e sendo a Família Real exilada para Portugal o Brasil adota como forma de Estado a Federação, e de governo a República,¹⁸⁹ regulando o júri pelo Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal e criando o júri federal com doze jurados, sorteados dentre trinta e seis cidadãos do corpo de jurados estadual da comarca, *in verbis*:

Art. 41. O Jury federal compor-se-ha de doze juizes, sorteados dentre trinta e seis cidadãos, qualificados jurados na capital do Estado onde houver de funcionar o tribunal e segundo as prescrições e regulamentos estabelecidos pela legislação local (sic).

O juiz da respectiva secção será o presidente do tribunal do Jury federal.

Art. 42. As decisões do Jury serão tomadas por maioria de votos. O empate será em favor do réu.

Art. 71. Ultimado o processo de formação de culpa, offerecido o libello e contrariedade, e notificadas as partes e testemunhas, o juiz federal officiará às justiças locais competentes, para que constituam o Jury no mais breve prazo. Esta diligencia effectuada, o juiz federal assumirá a presidencia do tribunal, e verificando o comparecimento das partes, testemunhas e jurados em numero legal, abrirá a sessão, declarando o tribunal constituido e procedendo em seguida ao sorteio do conselho, que se comporá de doze membros.

Art. 91. Retirando-se os jurados a outra sala, conferenciarão sós e a portas fechadas sobre cada uma das questões propostas, e o que for julgado pela maioria absoluta de votos será escripto e publicado.

É da natureza e origem do tribunal do júri a composição de doze jurados, não obstante, em alguns países, como já visto, essa composição possa se alterar

¹⁸⁹"Nem se deve esquecer a presença do instituto da escravidão, que excluía de qualquer direito, até mesmo civil, uma parte substancial da população; basta a existência da escravidão, ao que me parece, para tornar ainda mais plausível a afirmação de que a sociedade brasileira da época imperial era predominantemente oriental. Essa situação não sofreu alterações notáveis com a abolição e a Proclamação da República. Tal como a Independência, também a República foi resultado de uma ação "pelo alto", de um golpe, o que impediu a participação ativa das massas populares. Por conseguinte, o bloco de poder que predominou na Primeira República (1889-1930) foi tão oligárquico quanto o da época imperial, com a única diferença de que, no interior dessa oligarquia, a burguesia agrária ligada à exportação do café tornou-se a fração hegemônica. As instituições liberais republicanas então criadas não eram de molde a favorecer o desenvolvimento de uma verdadeira sociedade civil." (COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**: um estudo sobre seu pensamento político. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p.213).

um pouco. Contudo, a composição com número par do tribunal permite ao réu maior oportunidade de defesa, pois para um decreto condenatório mister se faz diferença de dois votos, se se trabalhar com decisão por maioria e, em caso de empate, a decisão mais favorável ao réu.

O termômetro da temperatura da decisão do júri é o Estado na sua política liberal ou repressiva. É o Estado punitivo ou do bem-estar social. Na medida em que se aproxima de um Estado liberal, constituindo-se em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, a decisão do tribunal popular deve ser mais difícil em se tratando de condenação, autorizando que a decisão dos jurados para condenar seja por unanimidade ou, sendo doze o número de jurados, por 10 x 2 ou 11 x 1, o que poderia chamar de maioria qualificada. Do contrário, o réu deveria ser absolvido.

Durante a República, o júri era uma instituição aberta, democrática, com postulados liberais e garantidores da liberdade, pois veredicto condenatório somente por decisão com sete ou mais votos.

Contudo, quanto mais totalitário e opressivo for o Estado, maior será a facilidade para se condenar, pois no Estado ditatorial a liberdade é a exceção e a gestão da prova é a mola mestra do déspota. O código atual, sendo da Era Vargas, coloca o juiz na posição de perseguidor da *verdade real* (art. 156 do CPP), mas a *verdade* dele, não do processo. Aquilo que o juiz acha que é a verdade, pois esta não existe, enquanto verdade Toda.

A República velha entra em colapso e surge um conflito estrutural entre a classe oligárquica, que pretendia conservar o monopólio do poder, e os grupos médios urbanos, que aí desejavam chegar, marcará a vida política do país durante o período que vai de 1890 a 1930.¹⁹⁰

¹⁹⁰FURTADO, Celso. Apud FAUSTO, Boris. **A revolução de 1930**. 16.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p.09/10.

A Revolução de 1930 expressava, na história brasileira, o primeiro caso de movimento revolucionário que partia da periferia sobre o centro.¹⁹¹

Nesse período o País caminhou para a ditadura depois de atravessar a Primeira Guerra Mundial, o colapso da bolsa de valores de Nova York dentre outros episódios históricos que autorizaram a derrubada de Washington Luís e a subida ao poder de Getúlio Vargas. A Revolução de 1930 tinha um objetivo claro: criar condições favoráveis para a rápida expansão do capitalismo no Brasil. Era a ascensão ao poder da classe social burguesa.

Com Estado Novo (*cf.* item 1.3, *supra*) mister se faz a elaboração de uma nova ordem jurídica processual penal e penal, propriamente dita a fim de que se possam consagrar, legalmente, os interesses do capitalismo. Primeiro, é editado o Decreto n.º 167, de 05 de janeiro de 1938, considerado a primeira lei processual penal da República.¹⁹²

¹⁹¹SODRÉ, Nelson Werneck. **Formação histórica do Brasil**. 14.ed. Rio de Janeiro: Graphia, 2002. p.352.

¹⁹²"Art. 2.º O Tribunal do Júri compõe-se de um juiz de direito, que é o seu presidente e de vinte e um jurados, sorteados dentre os alistados, sete dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento.

Art. 3.º Ao presidente e aos jurados competem, respectivamente, a pronúncia e o julgamento, nos crimes definidos pelos artigos 294 a 296, 298, 298 parágrafo único, 299, 310, 359 e 360 parte primeira da Consolidação das Leis Penais, quando consumados ou tentados.

Art. 7.º Os jurados devem ser escolhidos dentre os cidadãos que, por suas condições, ofereçam garantias de firmeza, probidade e inteligência no desempenho da função.

Art. 10. Anualmente serão alistados pelo juiz presidente do júri, mediante escolha por conhecimento pessoal ou informação fidedigna, e sob sua responsabilidade (....).

Art. 75. Fechadas as portas, o conselho, sob a presidência do juiz, assistido do escrivão, que servirá de secretário, do promotor e do advogado, que se conservarão nos seus lugares, sem intervir nas discussões e votações, e de dois oficiais de justiça, passará a votar os quesitos que lhe forem propostos, observada completa incomunicabilidade dos jurados.

Art. 84. As decisões do júri serão tomadas por maioria de votos.

Art. 92. A apelação somente pode ter por fundamento:

a) nulidade posterior à pronúncia;

b) injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário.

Art. 96. Si, apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apóio

O júri, então, passa a sofrer a influência do novo regime e da nova classe que assume o poder, logo, sua independência e soberania foram cerceadas. O déspota tem que ter o júri sob controle, e a melhor forma é retirando sua soberania, silenciando-o e diminuindo seu número para sete. Até porque a escolha dos jurados era feita por conhecimento pessoal do magistrado o que, por si só, faz com que recaia sobre aqueles que pertencem à classe detentora do poder. A lei penal, seja processual, seja penal material, sempre foi um instrumento de legalização do arbítrio estatal, não obstante faltar legitimidade a seus atos. Não se pode confundir a legalidade (estar previsto em lei) com a legitimidade (harmonia com os postulados da vida humana como bem supremo e com o qual não se admite transação).

O sistema penal é e sempre foi seletivo, tanto no seu aspecto subjetivo (quem será julgado e quem vai julgar) quanto no seu aspecto objetivo (quais as condutas que deverão ser julgadas). Para tanto, Alessandro Baratta, *in verbis*:

O sistema de valores que se exprime [no Direito Penal] reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. (...) As malhas dos tipos são, em geral, mais sutis nos casos dos delitos próprios das classes sociais mais baixas do que no caso dos delitos de “colarinho branco”.

(...)

O conceito de sociedade dividida, cunhado por Dahrendorf para exprimir o fato de que só metade da sociedade (camadas médias e superiores) extrai do seu seio os juízes, e que estes têm diante de si, predominantemente, indivíduos provenientes da outra metade (a classe proletária), fez surgir nos próprios sociólogos burgueses à questão de se não se realizaria, com isto, o pressuposto de uma justiça de classe.¹⁹³

A sociedade, uma vez dividida em classes, passa a ter o Direito Penal como protetor das relações sociais que nela existem, mas, preferencialmente, protegendo a classe dominante. Se a burguesia assumia o poder, em 1930, era necessário ter instrumentos que personificassem seus interesses patrimoniais. É a

encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso."

¹⁹³BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto de Criminologia Carioca, 1999. p.176.

missão secreta do Direito Penal.¹⁹⁴ E por que secreta? Porque tenta esconder a óbvia proteção ao patrimônio e não, por exemplo, a vida, discutida no júri ou no juízo singular. O confronto de alguns tipos penais, por si só, deixa clara essa missão: o furto qualificado tem penalidade maior (reclusão de dois a oito anos) do que o abandono de recém-nascido com resultado morte (detenção de dois a seis anos); o furto de veículo automotor transportado para outro Estado ou para o exterior tem pena de reclusão de três a oito anos, mas o infanticídio tem pena de detenção de dois a seis anos¹⁹⁵; ou seja, a vida, em várias passagens, tem menos valor, para o Direito Penal, do que o patrimônio, se considerado o *quantum* de reprovação social recai sobre ambas as condutas.

Neste viés, Vargas consagra, na lei penal, o sistema que surgia na Revolução de 1930 com a ascensão da burguesia e é personificado com o Estado Novo onde, através da força, instituiu seus ideais nacionalistas e industrializadores, pois o efeito prático do nacionalismo econômico foi criar condições de apoio às medidas para a industrialização no mesmo sentido da intervenção estatal da economia.¹⁹⁶

Na medida em que o regime é endurecido, o governante precisa intervir no Poder Judiciário dificultando a liberdade e facilitar a repressão com a conseqüente privação das liberdades públicas. O Estado passa a se constituir em Estado punitivo e não, como deveria ser, Estado de bem-estar social. O Direito Penal passa a ser usado como instrumento de defesa do chamado bem jurídico, ante possíveis lesões ou perigos.¹⁹⁷ O *Tribunal de Apelação*, na época, sofria fortes influências do ditador Vargas, que exercia controle sobre ele. Por isso, o júri era manipulado pelo exercício

¹⁹⁴BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p.116.

¹⁹⁵Os exemplos são de STRECK, **Tribunal...**, op. cit., p.34.

¹⁹⁶Cf. SKIDMORE, **Brasil...**, op. cit., p.69.

¹⁹⁷Cf. BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p.36.

abusivo do poder perdendo sua origem de tribunal popular, democrático, criado para retirar das mãos do déspota o poder de decisão sobre a vida dos súditos.

Em um verdadeiro Estado Democrático de Direito as garantias do Direito e do Processo Penal, de fato, expressam a técnica adotada pelo Estado com o objetivo de minimizar a violência e o poder punitivo, ou seja, para reduzir o máximo possível a previsão do delito, o arbítrio dos juízes e a aflição da pena.¹⁹⁸ O Estado tem que se tornar um Estado de bem-estar social e não penitencial.¹⁹⁹

¹⁹⁸FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: ano 7, n.12, p.32, 2.º semestre 2002.

¹⁹⁹"Hoje, com um crescente setor da população que provavelmente nunca reingressará na produção e que, portanto, não apresenta interesse presente ou futuro para os que dirigem a economia, a 'margem' já não é marginal e o colapso das vantagens do capital ainda o faz parecer menos marginal do que o é. (...) Estado de bem estar? Já não podemos custeá-lo. Como consequência, os dispositivos de previdência, antes um exercício dos direitos do cidadão, transformaram-se no estigma dos incapazes e imprevidentes." (BAUMAN, **O mal estar...**, op. cit., p.51).

CAPÍTULO 4
DA IMPOSIÇÃO VIOLENTA DO SILÊNCIO À REFORMA
PROCESSUAL PENAL DO JÚRI – PROJETO N.º 4.203/01

**4.1 A INCOMUNICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E SUA
(FALSA) JUSTIFICATIVA**

A incomunicabilidade do júri está prevista no art. 458, § 1.º, *in verbis*:

Art. 458 (...)

§ 1.º Na mesma ocasião, o juiz advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do conselho e multa, de duzentos a quinhentos mil-réis.

Trata-se de medida infraconstitucional que tem como escopo, na voz da doutrina tradicional, resguardar a opinião dos jurados, protegendo-a "à formação e manifestação livres e seguras, do seu convencimento pessoal, pela incomunicabilidade protegidos de eventuais envolvimento para arregimentação de opiniões favoráveis, ou desfavoráveis, ao réu".²⁰⁰ O objetivo, segundo Hermínio Marques Porto, é evitar a interferência de um jurado na formação de convicção de outro.²⁰¹

A incomunicabilidade que a lei quer assegurar diz respeito ao mérito do julgamento e tem como objetivo impedir que o jurado exteriorize sua forma de decidir e venha a influir, quer favorecendo, quer prejudicando, qualquer um dos seus membros.

Há uma enorme confusão entre a incomunicabilidade e o sigilo do voto. O sigilo visa evitar que se exerça pressão sobre a votação dos jurados, seja com perseguições, ameaças, chantagens, vantagens ou qualquer outro expediente que possa perturbar a livre manifestação do conselho de sentença. Contudo, para que se

²⁰⁰PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**: procedimentos e aspectos do julgamento e questionários. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.42.

²⁰¹PORTO, p.336.

possa, realmente, assegurar o sigilo da votação, mister se faz que a contagem dos votos cesse no quarto voto sim, ou no quarto voto não, conforme o caso, pois na medida em que o juiz presidente do júri permite que sejam retirados todos os (sete) votos da urna é possível, como ocorre, que haja unanimidade de votos e, nesse caso, não será difícil adivinhar quem condenou (ou absolveu) o réu. Logo, por terra foi a garantia constitucional do sigilo dos votos.

Neste sentido, é a posição de Fauzi Hassan Choukr:

Da mesma forma, ao sigilo do conteúdo do voto dos jurados nenhuma ofensa causaria a obrigatoriedade de motivar as decisões, posto que isto não faz supor a necessidade de identificar os jurados que votaram de tal ou qual maneira, preservando o princípio constitucional. Sem o que, como sabido à saciedade, a promulgação da unanimidade da votação quebra evidentemente o sigilo do voto, pela curial observação do conteúdo da manifestação de cada um dos jurados.²⁰²

O sigilo, portanto, é externo, para o público e para as partes, não, necessariamente, entre os jurados. Até porque, seria ingênuo achar que os jurados não comentam, entre si, suas impressões e seus sentimentos em relação ao fato objeto de julgamento, quando estão nos intervalos. Somente o neófito, ou o teórico, distante do júri, pode assim pensar.

Entretanto, fala-se da incomunicabilidade, da ausência de expressão verbal entre os jurados na hora do julgamento, no momento em que a liberdade do outro está sendo decidida entre aqueles que o chamam de seus *pares*.²⁰³ A incomunicabilidade assegurada na lei é "para que o jurado decida por si, sem influência estranha".²⁰⁴

²⁰²CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.844.

²⁰³Funcionários públicos, profissionais liberais e estudantes, todos inseridos no sistema, em detrimento daqueles *outros*, em regra, excluídos socialmente e desempregados.

²⁰⁴ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v.4. p.409.

Em verdade, a incomunicabilidade é expressa na teoria da *psicologia das multidões* surgida no final do século XIX e início do século XX, e que, posteriormente, ingressou no código de processo penal na década de 1940, quando se entendia que uma pequena elite nacional formava o chamado "povo" e não, como se pensava, era formado pelo conjunto de cidadãos, cujos direitos e deveres iguais eram diferentes, devendo mesmo, em decorrência dessa diferença, serem distribuídos de forma universal, de igual modo para todos.

Neste sentido, a população não era formada pelo povo, e quando se falava em participação popular, era ela limitada aos que estavam integrados à chamada elite nacional, a uma pequena parcela da sociedade. Logo, júri não era para todo mundo e quem lá estava (e ainda está) integrava um grupo especial de indivíduos: aqueles que estavam (e estão) integrados e incluídos socialmente, encontrando-se no topo da sociedade, prontos para julgar os outros.

A opinião, portanto, esposada no júri, era fruto da formação de todos que integravam o sistema da vida social, em contraposição aos que não estavam integrados.

Gabriel Tarde ensina:

A opinião é um grupo momentâneo e mais ou menos lógico de juízos, os quais, respondendo a problemas atualmente colocados, acham-se reproduzidos em numerosos exemplares em pessoas do mesmo país, da mesma época, da mesma sociedade.

Mas há sempre duas opiniões em confronto, a propósito de cada problema que se coloca. Só que uma das duas consegue rapidamente eclipsar a outra por irradiação mais rápida e mais brilhante, ou então porque, embora menos difundida, é a mais barulhenta.²⁰⁵

Na medida em que no júri os iguais julgam os desiguais e os debates se estabelecem em nível de exclusão pertencente a um pequeno grupo que detém o poder, surge uma nova ordem, como já dito, que desagrade à elite nacional. Neste viés político, necessário se fez calar os jurados estabelecendo o silêncio e impedindo,

²⁰⁵TARDE, Gabriel. **A opinião e as massas**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.83.

autoritariamente, a manifestação de suas opiniões, pois a conversação, na sala secreta, é fruto do exercício do poder.²⁰⁶

Quando o júri surgiu, já na Inglaterra, o que se quis foi retirar das mãos do rei o poder de decidir, pois a "conversação é, antes da imprensa, o único obstáculo aos governos, o abrigo inexpugnável da liberdade; cria as reputações e os prestígios, determina a glória e, através dela, o poder. Tende a nivelar os conversadores assimilando-os e destrói as hierarquias à força de exprimi-las".²⁰⁷ Em verdade, o rei Henrique II permanece com o processo em suas mãos e passa o direito material ao povo. Logo, se o povo condenasse a decisão era sua. Se o povo absolvesse a decisão também era sua, ou seja, o rei não errava.

Na medida em que Vargas assumiu o poder ele cristalizou seus ideais, também, no tribunal do júri, tornando-o incomunicável. Neste sentido, a incomunicabilidade é fruto de um perverso sistema que assume o poder com Vargas onde se verifica a consagração de uma política de segregação racial, pois o código penal adotava, em 1890, novos contornos teóricos trazidos pela Escola Positivista, em contraste com a Escola Clássica. "A Escola Positiva impôs um rígido determinismo em que homens cunhados biológica e socialmente de determinada maneira seriam impulsionados sem resistências as suas ações. Criminosos e não

²⁰⁶"Dos doze milhões de habitantes existentes a época [final do século XIX] ele [um biólogo francês chamado Louis Couty] separava, em um extremo, 2 milhões e meio de índios e escravos, que classificava como excluídos da sociedade política. No outro extremo, colocava 200 mil proprietários e profissionais liberais que constituíam a classe dirigente. No meio ficavam 6 milhões que, segundo ele, nascem, vegetam e morrem sem ter servido ao país. Não havia em lugar algum, massas de eleitores sabendo pensar e votar, capazes de impor ao governo uma direção definida (...). De acordo com os dados do censo de 1920, em 30 milhões de habitantes, apenas 24 % sabiam ler e escrever." (CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: longo caminho. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p.64).

²⁰⁷TARDE, op. cit., p.129.

criminosos se diferenciam fundamentalmente por suas diferenças bioantropológicas".²⁰⁸

O Código de 1890 consagra essa filosofia e estabelece um novo tipo de criminoso, pois o Direito Penal passa a se preocupar com o homem e não com o fato. A ciência penal, aliada à medicina, passa a estudar o homem como objeto sobre o qual deve recair o castigo, ou seja, a pena, em nome da defesa social e repressiva ao indivíduo.

O médico Lombroso²⁰⁹ foi um dos maiores representantes dessa categoria de profissionais que iria expressar o ideal de um novo direito penal. Para tanto, criou uma tabela para delimitação do criminoso, onde os elementos anatômicos, os psicológicos e os sociológicos davam origem aos crimes cometidos por atavismo²¹⁰ e aos crimes cometidos por evolução, ou seja, os praticados nas sociedades mais avançadas e evoluídas.

Carlos Bacila afirma:

Cesare Lombroso faz inúmeros estudos dos sinais físicos e psíquicos dos criminosos que foram por ele selecionados para depois concluir que o delinqüente já possuía a marca desde o seu nascimento e que pode identificá-lo como tal. Em uma destas pesquisas ele analisa 79 crianças de menos de 12 anos que estão internadas em casa de correção, classificando-as como ladrões (quarenta), malfeitores ou vagabundos (vinte e sete), homicidas (sete) e adolescentes que não declararam a falta (três).²¹¹

²⁰⁸CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p.32.

²⁰⁹Cesare Lombroso, italiano, professor universitário de psiquiatria, medicina forense, higiene e criminologia, nasceu a 6 de novembro de 1835 em Verona e morreu em 19 de outubro de 1909 em Turim, Itália. Tornou-se mundialmente famoso por seus estudos e teorias no campo da **caracterologia**, ou a relação entre características físicas e mentais dos indivíduos. Lombroso relacionava certas características físicas, v.g.,: o tamanho da mandíbula, à psicopatologia criminal, ou a tendência inata de indivíduos sociopatas e com comportamento criminal.

²¹⁰Hereditariedade biológica pela qual o indivíduo recebe toda a carga genética de seus ascendentes remotos, tais como características psicológicas, intelectuais e comportamentais. São crimes cometidos nas classes populares mais pobres, mais rudes.

²¹¹BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.257.

A contribuição do pensamento médico é marcante na metade do século XIX, pois "o médico torna-se planejador urbano".²¹²

Há uma divisão profunda na sociedade da época, pois o racismo faz o corte entre o que deve viver e o que deve morrer, mediante o exercício do poder, pois, segundo Michel Foucault, é

uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. De estabelecer uma censura que será do tipo biológico no interior de um domínio considerado como sendo precisamente um domínio biológico. (...) Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer censuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder (...). A morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior é o que vai deixar a vida em geral mais sadia e mais pura.²¹³

Portanto, o código penal de 1890 veio inserir essa política que é corroborada no de 1940 e, conseqüentemente, no processo penal instaurado em 1941, durante o período Vargas, instrumentalizando, no júri, a discriminação e o racismo adotados.

Destarte, a justificativa de que a incomunicabilidade é necessária para que um jurado não venha influir no voto do outro é falsa e desprovida de sentido e explicação histórica. Trata-se de uma medida arbitrária que não espelha a realidade do significado do tribunal do júri, enquanto instituição democrática, muito menos, hoje, alcança o estágio de civilidade vivido pelos cidadãos brasileiros.

É imperiosa a adoção da comunicabilidade entre os jurados a fim de que se possa extrair uma decisão justa, ou ao menos, para conseguir que a decisão do júri seja menos injusta possível, ou que a decisão injusta seja cada vez mais rara²¹⁴, pois sempre fruto do debate, da discussão, da democracia processual. A conversação é o instrumento através do qual os jurados vão fundamentar e

²¹²ZAFFARONI, op. cit., p.443.

²¹³FOUCAULT, **Em defesa...**, op. cit., p.304.

²¹⁴ Alonso, Pedro Aragonese. **Proceso Y Derecho Procesal – Introduccion**. 2 ed., Madri: EDR, 1997, p. 263.

exteriorizar suas opiniões sobre os fatos objeto do processo evitando o arbítrio e qualquer decisão estigmatizada.

Para tanto, o filme *DOZE HOMENS E UMA SENTENÇA* (1957) - com Henry Fonda, deixa claro a importância do exercício da linguagem no tribunal do júri onde o fato óbvio, claro para alguns jurados, até porque é fácil condenar o outro, em verdade necessita de uma discussão maior, de uma pesquisa diferenciada, de ouvir com ouvidos de quem quer conhecer e enxergar com olhos de quem quer ver as provas dos autos, até chegar a comprovação da inocência do acusado.

A linguagem, portanto, é exercício de democracia processual onde o outro será julgado, através de seus pares, com a ética devida e necessária. O fato de um jurado poder influenciar outro, durante a discussão da causa, não pode, por si só, obstar o exercício da linguagem. Tal influência, se houver, é fruto do sistema democrático de que o poder emana do povo e em seu nome é exercido, pois a eleição comum de candidatos à cargo público também está sujeita a tal influência e nem por isso perde seu caráter de representatividade popular. No júri, quanto maior for a discussão da causa mais representativa será a decisão dos jurados.

Contudo, uma questão pode ser posta: o mudo poderá fazer parte do conselho de sentença, uma vez preenchidas todas as formalidades legais (art. 434 do CPP)? Sem dúvida. Ele não se manifesta verbalmente, mas escreve e, portanto, pode expressar seu voto. Ouve e entende tudo que está acontecendo. Lê todas as peças existentes no processo. Logo, não faz sentido negar-lhe o exercício da cidadania no tribunal do júri por uma deficiência que em nada prejudicaria sua função constitucional de jurado.

O problema poderia estar no surdo-mudo. Embora não ouça e não fale, ele escreve, logo se manifesta, porém seu conhecimento dos fatos ficará condicionado a um tradutor da fala das partes, do juiz e de todos que se manifestarem no julgamento, além é claro, na sala secreta, dos outros jurados. Para que o surdo-mudo possa, portanto, fazer parte do julgamento mister se faz que o judiciário esteja aparelhado com um tradutor das LIBRAS (Linguagem Brasileira de Sinais), pois é

cedição que as Línguas de Sinais não são simplesmente mímicas e gestos soltos, utilizados pelos surdos para facilitar a comunicação. São línguas com estruturas gramaticais próprias (Lei 10.436/02). Atribui-se às Línguas de Sinais o *status* de língua porque elas também são compostas pelos níveis lingüísticos: o fonológico, o morfológico, o sintático e o semântico. Neste sentido, a linguagem aqui está sendo entendida como *uma gama incrivelmente intrincada de formas sociais de comunicação e de significação que inclui a linguagem verbal articulada, mas absorve também, inclusive, a linguagem dos surdos-mudos*.²¹⁵

Destarte, não obstante a incapacidade auditiva e lingüístico-verbal do surdo-mudo é perfeitamente possível integrar o conselho de sentença e ter presente um intérprete para que possa externar seu voto e traduzir a conversação durante os debates. Perceba que não se trata do sigilo do voto (para o público) que permanece, mas sim da comunicabilidade (entre os jurados) que se adota. O intérprete do surdo-mudo presta o compromisso e fica sujeito as prescrições legais (arts. 275 e segs. do CPP). Trataremos desigualmente o desigual e igualmente os iguais.

Por fim, o deficiente visual não pode ser excluído do conselho de sentença, pois não obstante ser privado do sentido da visão, prejudicando a percepção visual de algumas peças do processo (laudos, esquemas gráficos, fotografias, filmes exibidos em plenário) pode se manifestar diante de tudo que foi dito e lido em plenário, inclusive, pedir ao juiz que leia os depoimentos que foram usados pelas partes. Na sala secreta, como haverá comunicação entre os jurados, não haverá dificuldade quanto ao voto a ser proferido pelo jurado deficiente visual. Logo, embora prejudicado pela deficiência visual para conhecer algumas peças do processo, não há nenhum óbice legal em sua aceitação, uma vez aceita a comunicação entre os jurados.

É a formação do conselho de sentença com todos os seguimentos sociais a fim de obter, ao máximo possível, uma decisão que espelhe o sentimento da

²¹⁵ Santaella, Lúcia. **O Que é Semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 11.

comunidade local, sem preconceitos. Júri é vida em toda sua dimensão, ou seja, nele são reunidas as condições necessárias para que a sociedade possa conhecer dos fatos, através de todos os seus representantes, externando suas experiências e vivências possíveis. Por isso, a comunicação entre os jurados é o que funda sua existência e manutenção.

4.2 A FUNÇÃO E A ESCOLHA DOS JURADOS

O papel desempenhado pelos jurados, no júri brasileiro, é o de expurgar, de uma vez por todas do sistema social, os indesejáveis, as *vítimas* no viés dusseliano. O acordo possível alcançado na comunidade hegemônica real dos jurados, mesmo que através do silêncio, é eticamente excludente de afetados²¹⁶ que, pela própria condição de excluídos não pode fazer parte do Conselho. Logo, a função não é como se diz e pensa na doutrina tradicional de julgar seus pares, até porque quando da criação do júri a idéia era dos nobres julgarem os nobres e não mais pelo monarca (cf. tem 2.1 *supra*), razão pela qual o povo está, complementemente, fora desse processo.

O discurso tradicional e falacioso é de que o povo julga seus pares, mas sem dizer que esse povo é a sociedade organizada e incluída no sistema de um mundo globalizado e excludente. É fator psicológico que um indivíduo, ao julgar o outro, observa-o de cima para baixo em um pólo social como que mais elevado, razão pela qual o magistrado quando interroga um empresário, ou um profissional liberal, trata-o de forma diferente daquilo que faz com um torneiro mecânico, mesmo que o crime de ambos seja um homicídio. É do ser humano a falsa sensação de que é superior ao seu semelhante, ao menos enquanto visto sob o viés ético de proteção da vida como bem supremo e não, simplesmente, do *status* social que ocupa.

²¹⁶DUSSEL, *Ética...*, op. cit., p.417.

O júri é uma fábrica produtora de condenação e encarceramento de indivíduos exatamente pela composição de seu conselho, pois os jurados, ao julgar, decidem aquilo que é bom para a camada social a que pertencem, imaginando ter base para todas, sem qualquer preocupação com o outro, como ser excluído socialmente.²¹⁷ Lenio Streck reflete bem esta idéia:

Isto porque, há – necessariamente – uma estreita relação entre os resultados dos julgamentos e a composição do corpo de jurados de cada cidade/comunidade. Pode não ser o fator determinante por si só, mas é elucidativo o fato de que o elevado grau de participação das camadas médios-superiores no júri tem como consequência um elevado número de condenações.²¹⁸

²¹⁷"Nunca se pensa que as amplas garantias no processo são para todos. Isso só é lembrado quando um mal grave acontece para algum conhecido próximo. Mas as garantias são para todos. O mal é que as garantias processuais têm sido observadas mais para os 'normais'. A investigação e o processo penal têm atingido predominantemente os estigmatizados. As penas impingidas para os estigmatizados." (BACILA, **Estigmas...**, op. cit., p.257.

²¹⁸STRECK, **Tribunal...**, op. cit., p.130.

E conclui com uma frase inspirada em Correa: "Matem-se entre vós, que saberemos julgá-los entre nós."²¹⁹

Na medida em que a sociedade é dividida entre pobres e ricos e, no meio, a chamada classe média protegendo estes, o resultado no júri é fruto desta estratificação social perversa imposta cada vez mais por um mundo globalizado.²²⁰

A escolha dos que vão julgar os outros está expressa no código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 436. Os jurados serão escolhidos dentre cidadãos de notória idoneidade.

Art. 439. Anualmente, serão alistados pelo juiz-presidente do júri, sob sua responsabilidade e mediante escolha por conhecimento pessoal ou informação fidedigna, 300 (trezentos) a 500 (quinhentos) jurados no Distrito Federal e nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes, e 80 (oitenta) a 300 (trezentos) nas comarcas ou nos termos de menor população. O juiz poderá requisitar às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas a indicação de cidadãos que reúnam as condições legais.

Notória idoneidade é um conceito tão vago quanto o notório saber jurídico na escolha de ministros para os tribunais superiores e de desembargadores para os tribunais estaduais e federais por parte do chefe do Executivo. A requisição feita pelo juiz às repartições públicas, às associações e aos sindicatos de classes é expressiva da exclusão social dos outros, pois a experiência no júri ensina que muitos juízes, inclusive, oficiam ainda às universidades públicas e privadas, tornando o julgamento nem tanto por leigos, mas sim por técnicos em direito, sem contar as repartições públicas do tipo procuradorias do Estado e municípios que enviam seus funcionários formados em direito. Em verdade, o compromisso desses funcionários, em larga

²¹⁹STRECK, **Tribunal...**, op. cit., p.131.

²²⁰"A globalização deu mais oportunidades aos extremamente ricos de ganhar dinheiro mais rápido. Esses indivíduos utilizam a mais recente tecnologia para movimentar largas somas de dinheiro mundo afora com extrema rapidez e espetacular com eficiência cada vez maior.

Infelizmente, a tecnologia não causa impacto nas vidas dos pobres do mundo. De fato, a globalização é um paradoxo: é muito benéfica para poucos, mas deixa de fora ou marginaliza dois terços da população mundial." (BAUMAN, **Globalização...**, op. cit., p.79).

escala, não é com a justiça, mas sim com os dias que ficarão sem trabalhar, parados à disposição do Judiciário.²²¹

Tal sistema, inclusive, é fruto do serviço público brasileiro, pois na iniciativa privada o empregado não pode se dar ao luxo de permanecer sem trabalhar à disposição da justiça. A função de jurado, no Brasil, não é um exercício de cidadania, como nos EUA, mas um serviço obrigatório²²², razão pela qual o cidadão não pode se furtar à participação no júri, salvo os casos expressos em lei²²³. O jurado brasileiro é sorteado, dentre os cidadãos, tanto para integrar o corpo de jurados (vinte e um) e, posteriormente, para fazer parte do conselho de sentença (sete). Logo, como diz Frederico Marques, "não tem parcela alguma de mandato popular, pois que não é escolhido pelo povo para o exercício de suas funções, (...) não representando parcela alguma da sociedade".²²⁴

Nesse sentido, a escolha é excludente e falece de legitimidade ética, pois ao excluir as vítimas, na expressão de Dussel, desse processo se quebra o dever ético-crítico da transformação como "possibilidade de reprodução da vida humana e como desenvolvimento factível da vida humana em geral". Para Dussel, é "obrigatório para todo ser humano transformar por desconstrução negativa e nova construção positiva as normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas de eticidade, que produzem a negatividade da vítima".²²⁵

²²¹Na Alemanha, "a cada quatro anos, os municípios apresentam listas de indicação de escabinos. A lista de indicações deve levar convenientemente em consideração todos os grupos da população (§ 36 GVG). Para assegurar-se disto e, simultaneamente, excluir desta forma uma possível seleção tendenciosa, pratica-se em alguns municípios um procedimento aleatório, por exemplo, mediante seleção dos candidatos extraída do censo eleitoral geral ou, até, da lista telefônica" (CHOUKR e AMBOS, **Processo...**, op. cit., p.12).

²²²Art. 434 do CPP. "O serviço do júri será obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 21 (vinte e um) anos, isentos os maiores de 60 (sessenta)."

²²³Cf. arts. 434 e 436, ambos do CPP.

²²⁴MARQUES, J. F., **A instituição...**, op. cit., p.88.

²²⁵DUSSEL, **Ética...**, op. cit., p.564.

Neste viés, a função e a escolha dos jurados, no sistema jurídico brasileiro, é inconstitucional, por ferir a regra que estabelece como objetivo fundamental da República brasileira a promoção do *bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*, além da que assegura a isonomia entre todos e o direito à vida.²²⁶

A função e a escolha dos jurados, portanto, não passam por um filtro ético axiológico e, conseqüentemente, constitucional.

4.3 A REFORMA PROCESSUAL PENAL DO JÚRI CONSTITUCIONALIZADA

*Nós permitimos que vocês julguem mais uma vez,
desde que condenem logo.*²²⁷

O processo penal brasileiro já foi objeto de inúmeros anteprojetos de lei²²⁸ visando à sua reforma, mas nenhum deles, efetivamente, saiu do papel, pois há uma certa resistência do legislador em mudar o código, durante a democracia e, quando

²²⁶Cf. art. 3.º, IV, c/c art. 5.º, *caput*, ambos da CR.

²²⁷MARCHI, op. cit., p.210. Na obra é relatada a história de Manoel da Motta Coqueiro, acusado de ser o mandante da morte de uma família de oito colonos (marido, mulher e seis filhos). Coqueiro foi processado e condenado à pena de morte, em 19 de janeiro de 1853, e enforcado em 1855. O processo não tinha provas testemunhais nem periciais convincentes. O juiz foi totalmente parcial durante o julgamento. O povo queria vingança. Com direito a um novo júri, o mesmo foi marcado com rapidez, porque o que se queria era a condenação. Em 28 de março de 1853 iniciou-se o segundo julgamento com repetida condenação à força, nos termos do art. 192 do Código Criminal do Império. Morto, descobriu-se que ele era inocente e que foi vítima de uma grande conspiração por seus adversários. O Imperador Pedro II decidiu que ninguém mais seria condenado à morte no País, não obstante a legislação permanecer a mesma.

²²⁸Projeto Frederico Marques (o Projeto Frederico Marques, revisto por comissão formada por Benjamin Moraes Filho, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves, tomou o número 633/75); Helio Bastos Tornaghi (Portaria n.º 320, de 26 de maio de 1981 do Ministro da Justiça), e o último, Ada Pellegrini Grinover (Portaria n.º 61, de 20 de janeiro de 2000).

o faz, é para pior²²⁹. A reforma processual penal não pode ser pontual, parcial, como sói acontecer, mas sim geral, a fim de que se possa ter uma perfeita harmonia do sistema. Não é crível, mas é verdade: é mais fácil se elaborar uma Constituição²³⁰ do que um Código de Processo Penal compatível com ela²³¹.

A alegação de morosidade no processo legislativo e dificuldade política para a aprovação de um novo código não pode ser motivo para impedir sua elaboração, pois quando o governo deseja aprovar qualquer projeto, ele aprova. Para tanto, basta observar o projeto de reforma da previdência social, de reforma tributária, o Estatuto do Desarmamento, o Código Civil, dentre outros. Todos, aprovados com vontade e determinação políticas. Neste sentido, a questão é meramente de política de governo e compromisso social.

Tem-se por objetivo, agora, propor uma reforma no júri, em especial na parte referente à incomunicabilidade deixando uma contribuição, não obstante se entenda que tal reforma não pode ser apenas no júri, mas sim em todo o código. Porém, como uma proposta de reforma total do código foge aos limites deste estudo, trabalha-se em cima (da desconstrução) do último projeto apresentado no ano 2001

²²⁹"Os reformadores contemporâneos, olvidando este traço que funda o CPP [a política criminal de defesa social], ressuscitam os velhos argumentos do legislador do Estado Novo, potencializando sua face autoritária." (CARVALHO e CARVALHO, op. cit., p.100).

²³⁰Desde a promulgação do CPP de 1941 já tivemos a Constituição de 1946; a de 24 de janeiro de 1967 (com a Emenda Constitucional n.º 1 de 17 de outubro de 1969); e a última, de 1988. Contudo, o código de processo penal é o mesmo.

²³¹"Torna-se fundamental sustentar, tendo como pressuposto a negação das legislações emergenciais, a recodificação das leis penais e processuais penais. Mais, percebe Ferrajoli a necessidade de introdução, em sede constitucional, de uma 'reserva de código' penal e processual penal como forma de impedir respostas meramente simbólicas do poder público às demandas sociais criminalizantes. Criar-se-ia, pois, uma metagarantia destinada a imunizar as garantias das reformas parciais, assistemáticas e contingenciais (...). Os reformistas, ao sustentar a inexequibilidade de uma reforma total, acabam optando por reformas tópicas, demonstrando demasiado otimismo, como se esse modelo fosse idôneo para reorganizar um sistema cuja estrutura é absolutamente autoritária. A justificativa apresentada é a de que uma reforma total, seguida de um processo de recodificação da matéria esparsa, '...não seria exequível operacionalmente'." (CARVALHO e CARVALHO, op. cit., p.108).

a fim de ultimar-se uma verdadeira modificação do júri, mas sempre à luz da Constituição dirigente.

A reforma processual penal, antes de tudo, deve ser principiológica. As práticas antigarantistas inseridas no atual Código de Processo Penal amparavam (e amparam) uma normatividade de emergência e de pânico fruto de um sistema político que expressava os ideais setorizados de uma sociedade agrária que encontrava no tribunal do júri um dos locais de expressão e manifestação de seu poder²³². Logo, toda e qualquer reforma do júri (e de todo o Código de Processo Penal) tem que afastar esses ideais e adotar os de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3.º da CR).

No Projeto n.º 4.203/01, que se encontra no Congresso Nacional, tentou-se simplificar o rito do júri, mas a simplificação foi tanta que esqueceram de um marco necessário e garantidor do transcurso do tempo, tanto para acusação como para a defesa, qual seja: a prescrição. Além de repetir os mesmos erros do atual código, ou seja, é o novo com cara de velho.

Veja-se:

- Oferecida a denúncia (art. 406);
- O juiz ordenará a citação do acusado para responder à acusação (art. 406);
- O juiz ouvirá o Ministério Público sobre a resposta prévia à acusação (art. 409);
- O juiz determinará a inquirição das testemunhas e a realização das diligências requeridas pelas partes, no prazo máximo de dez dias (art. 410);

²³²"O tribunal popular, durante o longo período que precedeu ao decreto-lei n. 167, de 1938, sempre foi um dos setores de atuação da política local. A relativa impunidade dos capangas dos 'coronéis' encontrava sua explicação principal na influência que os chefes políticos locais exerciam sobre o júri. Pôr na rua ou fazer condenar quem tivesse cometido algum crime tem sido, tradicionalmente, problema importante para a política local, sobretudo quando o criminoso, ou seu mandante, ou vítima têm atuação partidária de relevo. (...) Não era, pois, somente a 'lógica do sentimento' que informava a decisão do júri, senão ainda a 'lógica partidária', que nem sempre funcionava para absolver, mas também para condenar. Na influência da política local sobre os julgamentos populares podemos observar, nitidamente, como a autoridade própria dos 'coronéis', deriva de sua ascendência econômica e social, é reforçada pela autoridade de empréstimo, recebida do governo estadual através do compromisso característico do 'coronelismo'." (cf. LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p.234).

- Na audiência de instrução proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa (art. 411);
- As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez (§ 3.º do art. 411);
- O procedimento será concluído no prazo máximo de noventa dias (art. 412);
- Encerrada a instrução preliminar, o juiz, fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo-a e pronunciando o acusado (art. 413).

Perceba-se que somente nesse momento (art. 413) é que haverá interrupção da prescrição, pois até então a peça exordial não foi recebida, logo, o marco interruptivo não ocorreu.

A prescrição da pretensão acusatória é uma garantia do acusado e da sociedade e seu marco não pode ser desconsiderado pelo legislador. Do contrário, somente após o recebimento, se houver, da denúncia, é que se poderá falar em interrupção da prescrição.

O projeto mantém a decisão de pronúncia que, sem dúvida, é instrumento de garantia do acusado, mas não com o juiz dizendo que dispositivo legal está em curso o réu, ou seja, servindo como verdadeiro acusador em pleno aparente sistema acusatório. A pronúncia é a "garantia do acusado de não submetê-lo a um julgamento injusto, que, de modo algum, ensejaria o acolhimento da acusação pelo júri".²³³

Pronúncia motivada é acusação *ex officio* feita pelo magistrado que não pode passar pelo filtro axiológico da Constituição, face a influência que exerce sobre os jurados a motivação da pronúncia. Trata-se de pronúncia nula por excesso de "*eloqüência acusatória*".²³⁴

²³³AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A função garantidora da pronúncia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. p.106.

²³⁴HC 85260 do STF - Julgamento: 15/02/2005 - Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação: DJ04-03-05.

René Ariel Dotti, comentando o projeto de Lei n.º 4.900/95, de reforma do júri, do qual fez parte da comissão, assim se manifesta sobre a pronúncia:

Com a finalidade de evitar interferência indébita na consciência do jurado, o Projeto estabelece que a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação dos requisitos estabelecidos no art. 408. Este é o mandamento do art. 408.²³⁵

Logo, no projeto anterior ao que se comenta, a decisão de pronúncia se limitava apenas a indicar a materialidade do fato e os indícios suficientes de autoria e/ou participação, evitando qualquer influência sobre os jurados.

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, rejeitará a acusação e impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova acusação se houver prova nova. (NR)

A decisão de impronúncia é mantida no projeto em verdadeira afronta ao princípio da presunção de inocência, ou seja, não se encontram indícios de autoria ou prova da materialidade do fato, mas, mesmo assim, o réu permanece com a espada de Dâmocles sobre sua cabeça. Logo, a decisão correta a ser adotada é decisão absolutória, pois houve falha do Estado-administração no exercício da pretensão acusatória, que não logrou êxito em provar a acusação. Não é lícito, por evidente, sacrificar a dignidade do réu em detrimento de uma falha do Estado, pois o processo, por si só, é um mal irreparável, uma *cerimônia fúnebre*²³⁶ da qual nunca mais ele se livrará.

Ora, tal decisão não espelha o que de efetivo se quer dentro de um Estado Democrático de Direito, ou seja, que as decisões judiciais ponham um fim aos

²³⁵DOTTI, René Ariel. Um novo tribunal do júri. **Revista de Processo**, São Paulo, p.138, jan./mar. 1997.

²³⁶Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Las Miserias del Proceso Penal**. Buenos Aires: EJE, 1959. p.112.

casos²³⁷, decidindo-os de forma meritória e dando aos acusados e à sociedade a possível (in) segurança jurídica.

Trata-se, então, de decisão inconstitucional, que não dá ao acusado a certeza de que o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública e do ônus da prova, falecendo no seu mister, pedirá a absolvição. Até porque o princípio da presunção de inocência (em verdade princípio da inversão do ônus da prova) informa essa fase processual.

Se o réu é inocente porque se não logrou êxito em colher indícios suficientes de que é o autor do fato que lhe foi imputado, não faz sentido ser impronunciado e ficar aguardando, para sua (in)segurança, a extinção da punibilidade. Inclusive, porque o legitimado poderá ir para o cível promover a competente ação civil de ressarcimento de danos, fato que, por si só, causa-lhe irreparável prejuízo.

Se não há indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato, ou se apenas há prova da materialidade do fato, mas não há indícios de que o réu é seu autor, deve ser absolvido. A absolvição é medida de justiça e não favor do Estado.

No Estado Democrático de Direito não se pode admitir que se coloque o indivíduo no banco dos réus, não se encontre o menor indício de que ele praticou o fato e mesmo assim fique sentado, agora, no banco do reserva, aguardando ou novas provas ou a extinção da punibilidade, como se ele é quem tivesse que provar sua inocência, ou melhor, como se o tempo é que fosse lhe dar a paz e a tranqüilidade necessárias.

²³⁷A expressão caso penal aqui segue a linha de raciocínio adotada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que refuta o entendimento de que existe lide no processo penal, *in verbis*: "Com ele (caso penal) estamos diante de uma incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acerto do caso penal. A jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acerto positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva." (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989. p.135).

A decisão de impronúncia não é nada. O indivíduo não está nem absolvido nem condenado e pior: nem vai a júri. Se solicitar sua folha de antecedentes, consta o processo que está “encerrado” pela impronúncia, mas sem julgamento do mérito. Se precisar de folha de antecedentes criminais sem anotações, não o terá; não obstante o Estado dizer que não há os menores indícios de que ele seja o autor do fato, mas não o absolveu.

O processo penal moderno é instrumento de garantia e não de punição. Neste caso, como acentua Vázquez Rossi:

Dentro de um moderno Estado de Direito democrático, de base constitucional, onde o poder se encontra limitado por sua mesma regulamentação e legitimado pelo respeito de direitos fundamentais, a finalidade do ordenamento punitivo não pode ser outra se não a proteção dos direitos humanos e dos bens jurídicos imprescindíveis a sua coexistência.²³⁸

Destarte, o projeto comete as mesmas falhas do atual código. Não inova em quase nada, muito pelo contrário, continua velho com a famigerada decisão de impronúncia e, óbvio, se nascer assim, será inconstitucional.

Art. 417. Se houver indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, para aditamento da inicial e demais diligências.”(NR)

O projeto insiste no chamado *aditamento próprio pessoal provocado*, ou seja, o juiz determina ao MP aditar a peça exordial em verdadeira afronta ao sistema acusatório, quebrando sua imparcialidade. Se o princípio que rege a ação penal pública é o da obrigatoriedade e a estrutura do processo penal é acusatória, quem tem que agir, nesse sentido, é o Ministério Público e não o juiz, provocando-o. Tal providência fere a imparcialidade que se exige do magistrado, razão pela qual se houver indícios de autoria ou participação de outros indivíduos, deve o órgão do Ministério Público agir nesse sentido.

²³⁸ROSSI, Vázquez. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1995. Tomo I. p.106.

Art. 421. Preclusa a decisão de pronúncia, o processo, instruído com as provas antecipadas, cautelares ou irrepetíveis, será encaminhado ao juiz presidente do Tribunal do Júri.

§ 1.º Ainda que preclusa a decisão de pronúncia, havendo circunstância superveniente que altere a classificação do crime, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Ministério Público, para aditamento, instaurando-se o contraditório.

§ 2.º Em seguida, os autos serão conclusos ao juiz para decisão. (NR)

O projeto erradicou uma fonte de nulidades: o libelo crime acusatório. Peça desnecessária e repetitiva dos dizeres da denúncia, mas de forma articulada. Contudo, esquece de extrair do processo as provas (*rectius* = informações) contidas no inquérito policial, pois no Projeto n.º 4.209/01²³⁹ (investigação criminal) apenas o juiz não poderá motivar sua sentença com essas informações, mas o júri, lamentavelmente, no projeto que ora se analisa, continua com o famigerado sistema da íntima convicção dos jurados. *In verbis*:

Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

"Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade, e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça."

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

"Assim o prometo." (NR).

Nesse lamentável equívoco (in)constitucional do projeto se continua com a prática da violação do princípio da motivação das decisões judiciais, pois se o júri é órgão do Poder Judiciário e se toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada, os jurados devem motivar sua decisão; mas, para tanto, o inquérito usado, normalmente,

²³⁹Art. 7.º Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem autorizadas pelo juiz.

Parágrafo único. Esses elementos não poderão constituir fundamento da sentença, ressalvadas as provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, que serão submetidas a posterior contraditório." (NR) (sem grifos no original).

pelas partes em plenário, deveria ser extirpado dos autos quando do recebimento da denúncia, mantendo-se apenas as provas chamadas irrepetíveis ou não renováveis.²⁴⁰

O libelo, portanto, desaparece, mas a providência do §1º. do art. 421 afronta a estrutura acusatória do processo penal, pois o juiz, mais uma vez, intromete-se no exercício da acusação do Ministério Público e determina o aditamento da peça exordial quando, em verdade, se a acusação versa sobre um homicídio tentado e após a pronúncia a vítima morre em decorrência das lesões sofridas, é o Ministério Público, em nome da obrigatoriedade da ação penal, que deve acrescentar tal resultado morte e não o juiz, que quebrando sua imparcialidade, determina tal acréscimo. Esta, sem dúvida, é outra falha do projeto.

Art. 422. Ao receber os autos o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, com o prazo de cinco dias, para apresentar rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de oito, oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência. (NR)

Art. 423. Deliberando sobre os requerimentos de provas a serem produzidas ou exibidas no plenário do Júri, e adotadas as providências devidas, o juiz presidente:

I - ordenará as diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou esclarecer fato que interesse ao julgamento da causa;

II - fará relatório sucinto do processo, determinando sua inclusão em pauta da reunião do Tribunal do Júri. (NR).

O famigerado *relatório sucinto* não foi afastado do projeto. Se quem exerce a acusação no tribunal do júri é o Ministério Público, diante da estrutura acusatória que rege o processo penal, não deve o juiz manifestar qualquer opinião sobre os fatos, mesmo que *sem tomar parte da acusação e da defesa*.

²⁴⁰Todas aquelas produzidas na fase policial que não podem ser reproduzidas em juízo, tais como: exame de corpo de delito; perícia de local do crime; interceptação telefônica que serviu de base à denúncia.

Juiz imparcial é falácia e, portanto, não se pode acreditar em sua existência, principalmente no tribunal do júri onde o sentimento, de raiva ou pena²⁴¹, prevalece sobre os jurados e, também, sobre o juiz. Relatório ou exposição deve ser feito pelas partes durante sua fala. No processo penal o magistrado exerce o papel de garantidor dos direitos e das garantias individuais, pois ao se estabelecer a separação entre as funções de acusar e julgar não há outro espaço para ele. Diz Ferrajoli:

A separação de juiz e acusação é a mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais. (...) A garantia da separação, assim entendida, representa por uma parte, uma condição essencial da imparcialidade do juiz em respeito as partes da causa.²⁴²

Alberto Binder, em seu magistério, deixa consignado quando trata da independência dos juízes que:

*La independencia de los jueces no es una prerrogativa profesional. Se trata, en realidad, de que los ciudadanos, sujetos pasivos de la administración de justicia, tengan la garantía de que la persona que va a administrar algo de tan graves consecuencias como el poder penal del Estado, actúe con total libertad y sin estar sometido a presiones. No hay que olvidar que es una garantía prevista en favor de los ciudadanos y no en favor de los jueces.*²⁴³

Destarte, o projeto peca pelo vício da inconstitucionalidade quando quebra a imparcialidade²⁴⁴ do juiz no tribunal do júri, permitindo manifestação por meio do relatório dito sucinto.

²⁴¹"Ordinariamente o júri é de uma benignidade excessiva, de um sentimentalismo mórbido.... As simpatias do júri não são pelos que morrem, são pelos que matam." (cf. LEAL, op. cit., p.396, nota 120 do quinto capítulo).

²⁴²FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 3.ed. Madrid: Trotta, 1998. p.567. (tradução livre).

²⁴³BINDER, Alberto M. **Introducción Al Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993. p.149.

²⁴⁴"Quando o promotor, atendendo a sua proverbial tendência verborrágica, usava expressões mais duras e arrebatadas, quase sanguinolentas, cheias de adjetivos inculpadores, o público vibrava e aplaudia com vigor; o juiz assistia a tudo passivamente, sem reprimir a interferência da platéia." (MARCHI, op. cit., p.206).

Art. 425. Anualmente serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri, sob sua responsabilidade e mediante escolha procedida pelo conhecimento pessoal ou informação fidedigna, oitocentos a mil e quinhentos jurados nas comarcas de mais de um milhão de habitantes, trezentos a setecentos nas comarcas de mais de cem mil habitantes, e oitenta a quatrocentos nas comarcas de menor população.

§ 1.º (...)

§ 2.º O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado. (NR)

O projeto mantém o processo de exclusão das *vítimas* quando autoriza o juiz a requisitar todas as pessoas que estão incluídas socialmente no sistema retirando a legitimidade na escolha dos jurados (cf. item 4.2, supra). Neste sentido, não há inovação, mas repetição do já desgastado processo de seleção dos jurados que não passa pelo filtro axiológico da Constituição.²⁴⁵

Art. 429. Salvo motivo relevante, que autorize alteração na ordem dos julgamentos, terão preferência os de:

I - acusados presos;

II - dentre eles, os que estiverem há mais tempo na prisão;

III - em igualdade de condições, os precedentemente pronunciados.

§ 1.º Antes do dia designado para o primeiro julgamento da reunião periódica, será afixada na porta do edifício do Tribunal do Júri a lista dos processos a serem julgados, obedecida a ordem do artigo anterior.

§ 2.º O juiz presidente reservará datas na mesma reunião periódica para a inclusão de processo que tiver o julgamento adiado. (NR)

A pauta de julgamentos é outro problema no tribunal do júri que o projeto não resolve à luz do princípio do juiz natural, pois como diz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o

princípio do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade.

Vale salientar que este princípio está vinculado ao pensamento iluminista e, conseqüentemente, à Revolução Francesa. Como se sabe, com ela foram suprimidas as justiças senhoriais e todos passaram a ser submetidos aos mesmos tribunais.

²⁴⁵O autor destas linhas, em mais de doze anos atuando no tribunal do júri do Estado do Rio de Janeiro, nunca se deparou com um jurado morador de uma favela ou da periferia pobre dos bairros da mesma cidade.

Desta forma, vem à lume o princípio do juiz natural (ou juiz legal, como querem os alemães) com o escopo de extinguir os privilégios das justiças senhoriais (foro privilegiado), assim como afastar a criação de tribunais de exceção, ditos *ad hoc* ou *post factum*.

Destarte, todos passam a ser julgados pelo “seu” juiz, o qual encontra-se com sua competência previamente estabelecida pela lei, ou seja, em uma lei vigente antes da prática do crime.²⁴⁶

A pauta do júri deve ser elaborada em nome do princípio juiz natural evitando que determinados réus, que estão soltos, sejam julgados primeiro do que os que estão presos a mais tempo e, principalmente, que jurados que julgaram o co-réu possam julgar o outro que ainda falta, mesmo que sejam jurados distintos dos que participaram do conselho de sentença. Uma coisa é o conselho de sentença (sete jurados) outra é o corpo de jurados (vinte e um jurados), pois entende-se que naquela sessão periódica o réu não poderá ser submetido a julgamento, pois já houve quebra da imparcialidade, na medida em que os jurados, após a quebra da chamada incomunicabilidade, conversam entre si sobre o julgamento passado.

Publicada a pauta com os processos que serão submetidos a julgamento naquele mês não pode haver alteração, sob pena de se violar o princípio do juiz natural.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho mais uma vez ensina:

Aliás, pensamento diverso poderia abrir um precedente capaz de possibilitar a escolha de um juiz “mais interessante” para o julgamento de determinados casos, depois desses terem acontecido, segundo critérios pessoais (mais liberal ou mais conservador, por exemplo), o que pode indicar na direção da suspeita da sua imparcialidade (em juízo a priori, naturalmente), algo sempre abominado pela reta Justiça e que, como se sabe, serviu de base estrutural ao pensamento da Revolução Francesa, a qual, vitoriosa, editou, como a primeira de suas leis processuais, em 11.08.1789, regramento tendente a vetar qualquer manipulação neste sentido (termina a justiça senhorial), consolidando-se o princípio do juiz natural na Constituição de 1791 e na legislação subsequente.²⁴⁷

²⁴⁶COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Separata de: **Revista ITEC**, ano 1, n.4, p.5, jan./mar. 2000.

²⁴⁷COUTINHO, J. N. de M., Introdução..., op. cit., p.5.

A razão de ser da ordem legal da pauta é exatamente o respeito ao tempo de prisão dos acusados e, portanto, a prioridade que deve ser dada aos julgamentos, evitando que seja subtraído do juiz natural do fato/caso penal (**Tribunal do Júri**) determinado processo que estava em pauta e que, arbitrariamente, foi retirado. Ou ainda, colocar aquele que não estava em pauta para ser julgado por aqueles que não foram sorteados para tal.

A garantia do juiz natural, na opinião de Antonio Magalhães Gomes Filho, é dupla: "proibição da instituição de órgãos jurisdicionais ad hoc, para julgamento de fatos ocorridos antes de sua criação, e a fixação legal e prévia da competência dos órgãos já existentes".²⁴⁸

É cediço que se um corpo de jurados, em determinado mês, absolve todos os acusados, sem responsabilidade com a justiça, é conveniente para a defesa julgar o réu naquele mês. A *contrario sensu*, se os jurados daquele mês são condenadores, sem o mesmo compromisso com a justiça, é prejudicial ser julgado por tal conselho, razão pela qual pode um promotor de *acusação* (e não de justiça) querer julgar o réu com aquele conselho. Para tanto e com o objetivo de evitar escolha de jurados, a lei estabelece, previamente, ordem de julgamento. Logo, não é possível retirar um processo de pauta e colocar outro, sem uma razão plausível, sob pena de violação do princípio do juiz natural. Se um réu, por alguma razão, não pode ser julgado dentro daquele mês, esse dia de julgamento ficará vago, salvo se outro réu, do próprio mês, puder ser julgado nesse dia em remanejamento de dias, mas não de pauta do mês.

Do contrário, poderia haver manipulação de pauta e, conseqüentemente, de julgamento com graves violações aos princípios constitucionais do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório e da igualdade das partes.

²⁴⁸GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001. p.38.

É a razão pela qual o co-réu, em separação de processo, não pode ser julgado pelo mesmo **conselho** (sete), ou, diria mais ainda, por aquele **corpo de jurados** (vinte e um), que já conversou sobre aquele caso penal durante seus intervalos em que estão comunicáveis entre si, ou quiçá durante o trajeto de volta para casa, após a sessão.²⁴⁹

O projeto no art. 449 veda que participe do julgamento aquele jurado que participou no mesmo conselho, deixando entender que se integrou o corpo de jurados poderá participar. *In verbis*:

Art. 449. Não poderá servir o jurado que:

I - tiver funcionado em julgamento anterior do mesmo processo, independentemente da causa determinante do julgamento posterior;

II - no caso do concurso de pessoas, houver integrado o Conselho de Sentença que julgou o outro acusado;

III - tiver manifestado prévia disposição para condenar ou absolver o acusado. (NR).

Tal possibilidade fere o princípio do juiz natural.

Se o júri é condenador, o juiz manipula a pauta de acordo com os resultados que deseja. Se for absolvidor, dar-se-á o mesmo. A prática de submeter ao mesmo corpo de jurados co-réu de processo desmembrado, na escolha de jurados²⁵⁰, fere a imparcialidade do júri, pois o julgamento que for adiado entrará *na mesma reunião periódica*, segundo o projeto.

²⁴⁹No Estado do Rio de Janeiro, nos tribunais do júri da Capital, por segurança e conforto dos jurados, após o término da sessão e depois de um determinado horário os juízes disponibilizam uma Kombi do Tribunal de Justiça para levar os jurados em casa e, óbvio, é ingenuidade pensar que os jurados não conversam entre si sobre o que aconteceu no julgamento do dia e nos anteriores. Logo, jurados que ainda vão (e podem) fazer parte do julgamento do co-réu formam suas convicções em decorrência do que já está sendo dito pelos seus *pares*.

²⁵⁰Art. 461 do CPP.

O princípio do juiz natural não é um atributo do magistrado em si, não se refere ao juiz, propriamente dito, mas lhe antecede a própria existência, é essencial à função jurisdicional²⁵¹ e, óbvio, aplica-se ao júri.

Destarte, o projeto deixa de constitucionalizar a pauta do júri à luz do princípio do juiz natural.

Art. 436. O serviço do Júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de vinte e um anos, de notória idoneidade.

Parágrafo único. Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do Júri ou deixar de ser alistado em razão da cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução. (NR)

Outro problema não resolvido pelo projeto: quem pode ser jurado. Todos que tenham mais de 21 anos e *notória idoneidade*. Isso, por si só, não é o suficiente para entregar nas mãos do *outro* a vida humana como bem maior que deve ser preservado, sem que haja uma maior responsabilidade de quem julga. O contrário da vida humana é a morte e se o critério sobre o qual se funda a ética material é a reprodução da vida humana, sua negação é a morte.²⁵² Logo, respeitar a vida é escolher com responsabilidade ética quem irá integrar o conselho de sentença para julgar o outro.

Do mesmo modo que criticam o juiz que tem vinte e um anos de idade alegando que ele não tem maturidade para decidir sobre a vida de outrem, não pode um jurado ter essa terra idade.²⁵³

O projeto, portanto, peca pelo vício da inconstitucionalidade quando afronta o princípio da proporcionalidade, pois não é razoável que para elaborar a lei que irá disciplinar o júri no País tenha o senador trinta e cinco anos, mas para decidir a

²⁵¹BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.139.

²⁵²DUSSEL, *Ética...*, op. cit., p.323.

²⁵³No Estado do Rio de Janeiro uma jovem tomou posse com vinte e um anos de idade no cargo de juíza, pois fez o ensino médio paralelamente à faculdade e, quando se formou, fez o concurso e passou.

liberdade do outro, com base na mesma lei, possa ter apenas vinte e um. Há que se exigir o mínimo de idade para que possa um cidadão ser jurado, e pensa-se que o quanto é o da capacidade eleitoral passiva para ser Presidente da República.

A formação do corpo de jurados deve ser reformada pelo projeto para estabelecer a idade mínima de 35 anos para ser jurado, estabelecendo uma simetria com a idade mínima para ser Presidente da República. Se só quem é cidadão pode ser jurado, pensa-se que somente o cidadão (capacidade eleitoral ativa) que pode se candidatar a Presidente da República (capacidade eleitoral passiva) poderia ser jurado. Do contrário, estabelece-se um paradoxo: pode votar para Presidente da República e ser jurado, mas não pode ser candidato a Presidente da República porque não possui a cidadania plena. É cidadão, mas relativamente. Não tem maturidade para ser candidato a Presidente da República, mas vota para que alguém o seja e decide a vida dos outros no tribunal popular.

O direito é um sistema e como tal deve ser visto e aplicado. Não há como desconsiderar a visão constitucional de sua aplicação. Ou se olha para o todo e se compreende o sistema, ou a parte que se aplica será deficiente.

Neste sentido, há que se exigir do julgador certa experiência de vida que se não tem aos vinte e um anos.

Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo. (NR)

Art. 440. Constitui também direito do jurado, na condição do artigo anterior, preferência, em igualdade de condições, nas licitações públicas e no provimento, mediante concurso, em cargo ou função pública, ou promoção funcional. (NR)

Art. 441. Nenhum desconto será feito nos vencimentos ou salário do jurado sorteado que comparecer à sessão do Júri. (NR)

Os artigos acima do projeto demonstram bem o que é o júri no Brasil: um privilégio, de regra, de poucos funcionários públicos ou profissionais liberais de julgarem os outros e ainda contarem com a vantagem (?) de prisão especial, preferência nas licitações públicas e no provimento de concurso público. Ora, quantos em um País latino-americano como o Brasil, terceiro mundista, onde a "pobreza é a impossibilidade

de produção, reprodução ou de desenvolvimento da vida humana e falta de cumprimento das necessidades, mas também origem de consciência crítica",²⁵⁴ conseguem, de forma expressiva na sociedade, ter vencimento ou salário a fim de não sofrer nenhum desconto? Quantos podem participar de concurso público e licitação para gozar dos benefícios de ser jurado?

Trata-se, portanto, de um privilégio que fere a regra constitucional inserta no art. 3.º da CR.

Art. 457. O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

§ 1.º (...)

§ 2.º Se o acusado preso não for conduzido, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, salvo se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e seu defensor "(NR).

A regra acima é, pelo menos, salutar. Neste aspecto o projeto agiu com acerto quando permite a ausência do acusado em plenário, desde que pedido por ele e seu defensor. O direito constitucional do acusado ao silêncio deve ser entendido como "um dos direitos fundamentais do ser humano de estar só, pois o Estado ou qualquer entidade particular não pode, eticamente, violentar a intimidade de quem quer que seja".²⁵⁵ O direito ao silêncio deve ser entendido como um pressuposto do direito de não comparecer à audiência, pois se o acusado é representado, em juízo, pelo seu advogado e, em comum acordo com o mesmo, resolve não comparecer em juízo, o Estado não pode compeli-lo a fazê-lo, sob pena de obrigar o acusado a depor contra si mesmo. Não se trata de revelia, mas de não querer comparecer para dizer aquilo que se não quer dizer. A defesa técnica se incumbe da defesa do acusado, logo desnecessária sua presença.

²⁵⁴DUSSEL, **Ética...**, op. cit., p.322.

²⁵⁵SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: RT, 1999. p.263.

René Ariel Dotti, integrante da comissão de reforma do júri que se transformou no Projeto n.º 4.900/95, anterior ao que ora se comenta, se referindo a parte referente ao julgamento sem a presença do réu que redigiu, diz:

O acusado que respondeu solto ao processo poderá ser julgado independentemente de sua presença física no Tribunal. Trata-se de ampliar a garantia constitucional do direito de calar, desativando uma das usinas da prescrição.

Por outro lado, a voluntária ausência pode configurar o exercício da liberdade do réu em contestar a legitimidade do tribunal. Tal hipótese não é absurda: basta considerar que muitos casos de aborto praticado por motivo de relevante valor social ou moral são objeto de reiterada campanha de descriminalização.²⁵⁶

Neste sentido, o projeto atual seguiu a mesma linha e com acerto.

O direito penal moderno é o direito penal do fato do agente e não do agente do fato, ou seja, o que se pune na lei penal é a conduta humana violadora de uma norma de proibição: não matar, não roubar, não furtar.

Contudo, essa não é a regra no Tribunal do Júri, onde a pessoa do réu, normalmente, influencia na decisão dos jurados e o que se leva em conta são seus aspectos físicos, sua posição na sociedade, sua profissão, seus antecedentes criminais, tudo, menos o fato. O indivíduo, uma vez sentado no banco dos réus, está estigmatizado.²⁵⁷ No júri, lamentavelmente, prevalece o direito penal do autor do fato e não do fato do agente.

Por esta razão, como corolário do direito ao silêncio, o réu, uma vez devidamente intimado, pode, segundo o projeto, deixar de comparecer, se assim o quiser, ao plenário do tribunal do júri para ser julgado, a fim de que não sejam levados em consideração determinados aspectos pessoais e não do fato. A defesa

²⁵⁶DOTTI, Um novo tribunal..., p.138.

²⁵⁷"Por definição acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida. Construimos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como as de classe social." (GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Tradução de: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p.15).

técnica deverá se manifestar quanto à necessidade da presença ou não do réu em plenário. Entende-se que é um avanço do projeto o qual já se defendia.²⁵⁸

Art. 447. O Tribunal do Júri é composto por um juiz togado, seu presidente, e pelo Conselho de Sentença integrado por sete jurados, sorteados no dia da sessão de julgamento dentre os vinte e cinco escolhidos na forma do art. 433. (NR)

Art. 462. Procedidas às diligências referidas nos artigos anteriores, o juiz presidente verificará se a urna contém as cédulas dos vinte e cinco jurados sorteados, mandando que o escrivão lhes proceda a chamada.

Os dois artigos acima do projeto demonstram que aumentou o número de jurados que irá integrar o corpo, mas não o conselho de sentença, ou seja, sete ainda são os que integraram o conselho de sentença, mas vinte e cinco formam o corpo de jurados e dezenove, agora, devem estar presentes para que possa ser instalada a sessão (art. 463).

Não há uma razão plausível para que tenha havido o aumento do número do corpo de jurados, mas não do conselho de sentença, pois o *estouro da urna*²⁵⁹ não é algo comum do mundo prático do júri. Logo, deveria o projeto aumentar, também, o número de jurados do conselho de sentença passando para doze jurados, como sempre foi e é da tradição histórica do júri. Neste viés, se doze seriam os jurados do conselho de sentença, trinta e seis seria o número do corpo de jurados. Se trinta e seis jurados integrariam o corpo, vinte e seis jurados, pelos menos, deveriam estar presentes para a instalação da sessão.

O número par dá maior amplitude de defesa, pois a diferença para se obter um decreto condenatório é de dois votos (7x5) e, em caso de empate, a solução mais favorável ao acusado deve ser adotada.

²⁵⁸Cf. RANGEL, **Direito**..., op. cit., p.519.

²⁵⁹Se ocorrer falta de número de jurados para formação do Conselho de Sentença, em decorrência das recusas ou das suspeições, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido. É a hipótese tratada no § 1.º do art. 459 do CPP.

O objetivo ao estabelecer um número par de jurados é ter uma maior certeza quando de um decreto condenatório, e quanto maior o número par de jurados, em sendo par, maior a dificuldade, pela simples razão de que a liberdade no Estado Democrático de Direito é a regra e sua privação a exceção.

Em verdade, há de entender que se deveria adotar a chamada maioria qualificada, ou seja, com doze jurados o resultado condenatório somente poderia se dar, pelo menos, por 10x2, desde que, como já foi dito, os jurados pudessem se comunicar entre si, discutindo e debatendo o fato/caso penal. Assim, eliminar-se-ia a chamada *dúvida aritmética* (Heleno Fragoso), como hoje ocorre quando a votação é 4 votos a 3, condenando o réu.

Art. 466. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades constantes dos arts. 448 e 449.

§ 1.º O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do conselho.

§ 2.º A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça. (NR)

O Projeto repete a incomunicabilidade dos jurados e aqui se remete ao que foi dito no item 4.1, *supra*.

O juiz presidente não pode ser o mesmo que presidiu todo o curso do processo a fim de se manter sua imparcialidade. Tal providência já existia no Código Criminal do Império, mas não é observada hoje.²⁶⁰

²⁶⁰"Por fim, Gavia Gouveia apontava deficiências processuais e falhas legais. Um juiz não podia presidir dois julgamentos, rezava a lei, logo Almeida Couto não poderia presidir o primeiro julgamento e coordenar todos os preparativos do segundo, cedendo a presidência apenas a outro apenas na hora da abertura dos trabalhos." (MARCHI, op. cit., p.242).

Fruto do sistema político autoritário e da sociedade agrária da época²⁶¹, a incomunicabilidade impede a discussão do caso, em si, colocando fora do discurso a liberdade do outro, como outro excluído socialmente. A comunicação entre os jurados é fruto de um agir comunicativo, não habermasiano, mas sim na visão de Dussel, em que a própria linguagem é que coordena a ação pela força consensual do entendimento comprometido, eticamente, com a libertação do indivíduo pobre, excluído dos meios de produção de uma sociedade capitalista. A linguagem, no júri, tem de ser usada em nome da liberdade e da vida do outro e não do sistema político que sustenta a sociedade dominante.

A reforma processual penal, típica de um País como o Brasil, não pode ser cópia de países do Primeiro Mundo sem que se leve em consideração "a destruição dos obstáculos que impedem a revelação do outro, do povo latino americano que é pobre, mas que não é matéria inerte, pois a Europa não sabe ouvir a voz do outro".²⁶² Logo, a cópia sistemática, como se tem feito, de códigos ou leis do Primeiro Mundo, nem sempre serve ao Brasil, pois não há o compromisso ético libertador da opressão imposta pelos países desenvolvidos.

Art. 469. Se forem dois ou mais os acusados, poderão as recusas ser feitas por um só defensor.

§ 1.º A separação dos julgamentos somente ocorrerá se por duas sessões consecutivas, em razão das recusas, não for possível compor o Conselho de Sentença.

§ 2.º Determinada a separação dos julgamentos, será julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato. (NR)

²⁶¹"O populismo – uma modalidade de legitimação carismática que teve início no curso da ditadura de Vargas, entre 1937 e 1945 – pode ser interpretado como uma tentativa de incorporar ao bloco de poder, em posição subalterna, os trabalhadores assalariados urbanos, através de concessão de direitos sociais e de vantagens econômicas reais(...). Permaneciam excluídos do pacto populista os assalariados agrícolas e os camponeses, que continuavam privados de direitos sociais trabalhistas e – na medida em que a maioria deles era formada por analfabetos – do direito de voto. Essa exclusão tornava possível a manutenção no bloco de poder da velha oligarquia latifundiária, mas servia também à burguesia industrial, na medida em que ampliava enormemente o exército industrial de reserva e, por conseguinte, pressionava para baixo os salários dos trabalhadores urbanos." (COUTINHO, C. N., op. cit., p.206). (sem grifos no original)

²⁶²DUSSEL, **Método**..., op. cit., p.211.

Neste particular aspecto o projeto inova quanto ao concurso de agentes em que uma das partes deseja julgar primeiro o partícipe para depois submeter a julgamento o autor (executor). Contudo, pelo projeto, necessariamente, será julgado primeiro o autor e depois o partícipe, se for o caso, desaparecendo o desmembramento em decorrência da incompatibilidade das recusas.

Surge um problema: o direito de o partícipe ser julgado primeiro que o autor, a fim de se livrar da pretensão acusatória, pois na medida em que o autor é condenado pouca sorte restará ao partícipe. Qual o critério adotado pelo projeto para estabelecer a ordem? Se a ordem estiver estabelecida na denúncia e, conseqüentemente, na decisão de pronúncia, não restará dúvida de que, se a lei dispuser assim, assim deverá ser. Contudo, pelo simples fato de ser autor não há razoabilidade diante do princípio da isonomia. A questão, portanto, trará controvérsias na doutrina e deve, desde já, ser resolvida no Congresso.

Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:

"Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade, e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça."

Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:

"Assim o prometo." (NR)

Este dispositivo do projeto conjugado com seu art. 483, § 3.º, onde estão a afirmativa "sim" e a negativa "não", corroboram o vetusto sistema da íntima convicção do júri, em verdadeira afronta ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. Julgar de acordo com *a consciência e os ditames da justiça* significa o quê e como deve julgar, mas ao dizer "sim" ou "não" não motiva a decisão. No sistema da íntima convicção "o juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer critério de avaliação das provas. A intuição da verdade adquire grande prestígio".²⁶³ O júri é composto pelo juiz presidente e pelo conselho de sentença,

²⁶³BACILA, Carlos Roberto Princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.100.

sendo que o fato e o direito são decididos pelos jurados, mas a sanção, se houver, ou a sentença absolutória é proferida pelo juiz. Logo, se decisão de mérito há, deve esta ser motivada, pois a motivação tem a finalidade de estabelecer limites ao exercício do poder jurisdicional, sendo, portanto, uma garantia do cidadão contra o arbítrio do poder estatal.²⁶⁴

Não faz sentido que o poder emane do povo e seja exercido em seu nome, por intermédio dos seus representantes legais, mas quando diretamente o exerça não o justifique para que possa lhe dar transparência. Todos os atos do poder judiciário devem ser motivados, e o júri não pode fugir dessa responsabilidade ética.

O sistema da íntima convicção é o que há de mais retrógrado no júri, pois o acusado e a sociedade não sabem os motivos daquele ato de império, seja absolvendo ou condenando. Em verdade, a razão é histórica, pois no tribunal do júri, quando do seu surgimento, todo mundo conhecia tudo, logo não havia o que fundamentar. "O júri devia decidir se o acusado era culpado ou não conforme o que sabiam do caso, sem ouvirem testemunhas ou admitirem outras provas; o júri é que era a prova dizendo a verdade (*vere dictum* – veredicto)."²⁶⁵

Contudo, na sociedade atual não mais há espaço para uma decisão sem arrimo e justificativa em qualquer meio idôneo de prova, razão pela qual se deve refutar o sistema da íntima convicção.

Neste sentido, entende-se que o projeto perde a grande oportunidade de adequar o júri à Constituição, mas a motivação só vem com a comunicabilidade.

Art. 476. Encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação, nos limites da pronúncia, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.

²⁶⁴GOMES FILHO, op. cit., p.82.

²⁶⁵GILISSEN, op. cit., p.214.

O projeto suprimiu o libelo-crime acusatório, como se viu acima. Contudo, coloca na pronúncia os limites da acusação, ou seja, o Ministério Público, órgão que exerce a acusação, irá fazê-la como está na decisão do juiz e não em sua petição inicial penal. Trata-se de flagrante violação do sistema acusatório, pois em pleno Estado Democrático de Direito, não pode o magistrado descer do pedestal de *supra partes* para fazer acusação. Se ela é feita nos limites da pronúncia é porque quem a fez foi o magistrado, quebrando sua necessária eqüidistância, fato que, por si só, afronta a Constituição da República.

Art. 482. O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido ou condenado.

Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia, do interrogatório e das alegações das partes. (NR)

O projeto simplifica a redação dos quesitos, fonte infundável de nulidades. Os jurados serão indagados se o réu deve ou não ser absolvido, o que parece bem mais fácil de compreender por juízes leigos.

Contudo, há uma grande violação ao sistema acusatório: ao elaborar o quesito, o juiz o fará de acordo com a pronúncia e não com a peça acusatória, respectiva, do Ministério Público. Em outras palavras: quem delimita a acusação é o juiz, não o Ministério Público. É a pronúncia quem irá estabelecer os limites da imputação penal. Nada mais violador da estrutura acusatória do que quesitação feita dentro dos limites da decisão judicial. Neste particular aspecto seria melhor o projeto manter o libelo e abrandar o rigor da pronúncia, fazendo com que o juiz apenas reconhecesse a autoria e materialidade sem entrar em detalhes do tipo penal, pois esta seria função do Ministério Público no libelo.

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I - a materialidade do fato;

II - a autoria ou participação;

III - se o acusado deve ser absolvido ou condenado;

IV - se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V - se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia.

§ 1.º A resposta negativa, por mais de três jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2.º Respondidos afirmativamente, por mais de três jurados, os quesitos relativos aos incisos I e II, será formulado o terceiro quesito, com a seguinte redação:

"O jurado absolve ou condena o acusado?"

§ 3.º Os quesitos referidos nos incisos I e II e os demais que devam ser formulados nos termos do § 5.º, serão respondidos com as cédulas contendo as palavras "sim" e "não".

§ 4.º O terceiro quesito será respondido por cédulas especiais contendo as palavras "absolvo" e "condeno".

§ 5.º Decidindo os jurados pela condenação o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I - causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

II - circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia.

§ 6.º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será incluído quesito a respeito, para ser respondido em seguida à afirmação da autoria ou participação.

§ 7.º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas. (NR).

O projeto trata do quesito referente à *qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia* que, obviamente, deve estar descrita na denúncia, sob pena de cerceamento ao direito de ampla defesa. Chama de circunstância qualificadora, mas se trata de elementar derivada do tipo, um fato da vida que, por si só, é indiferente penal, mas agregado ao tipo penal originário ganha relevância e como tal deve estar delineada na peça exordial, pois integra a estrutura do tipo penal. O motivo fútil é um comportamento que leva o homem a matar, por exemplo, mas ser fútil, por si só, é indiferente para o direito penal, razão pela qual deve ser objeto da acusação de modo a possibilitar uma ampla defesa e, assim, um devido processo legal.

O projeto peca por desconsiderar que há o tipo fundamental ou básico e tipos derivados.

O tipo fundamental, ou básico, é o que nos oferece a imagem mais simples de uma espécie de delito. Dele não se pode extrair qualquer elemento sem que se desfigure a imagem do delito de que ele é a expressão. Assim ocorre com o tipo fundamental do homicídio que se fizermos abstração de qualquer um desses elementos essenciais, o fato poderá ser tudo menos um crime de homicídio. Já, se excluirmos o elemento, *motivo fútil*, o fato não deixa de ser crime de homicídio, apenas transmuda-se de homicídio qualificado em homicídio simples.

Tipo derivado, portanto, "são os que se formam a partir do tipo fundamental, mediante o destaque de circunstâncias que agravam ou atenuam o último. Se ocorre a agravação, dá-se um tipo qualificado".²⁶⁶

Destarte, a qualificadora deverá estar descrita na peça exordial que, pelo projeto, só poderá ser a denúncia, pois o libelo foi subtraído.

Os parágrafos primeiro e segundo do artigo em comento preservam o sigilo do voto, pois a partir do terceiro voto não mais se perguntará nada aos jurados já que a decisão é por maioria de votos. Perquirir aos sete jurados, depois de já ter a decisão condenatória ou absolutória proferida por quatro, é desnecessário e violador do sigilo das votações.

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença, com observância do seguinte:

I - o relatório mencionará as alegações das partes e o respectivo fundamento jurídico;

II - no caso de condenação:

- a) fixará a pena-base;
- b) considerará as circunstâncias agravante ou atenuantes alegadas nos debates;
- c) imporá os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo Júri;

O projeto, pelo que se depreende do artigo em comento, permite que o juiz indague aos jurados circunstâncias agravantes²⁶⁷ alegadas nos debates e, uma vez reconhecidas, sejam incluídas na sentença, ou seja, sem que haja pedido neste sentido por parte do órgão acusador em peça da qual o réu possa, antes, defender-se. Trata-se de flagrante violação ao princípio da demanda: *nenhum juiz prestará tutela jurisdicional se não quando provocado pela parte ou pelo interessado*. Ora, se não há pedido do Ministério Público não pode ele sustentar, perante o conselho de

²⁶⁶TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.139.

²⁶⁷"A transformação ou alteração dos factos só implica uma modificação ou alteração do objeto do processo quando for qualificável como substancial, i.e., na expressão da lei, quando tenha por efeito o agravamento dos limites máximos das sanções aplicáveis, ou a imputação de um crime diverso." (ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. Coimbra: Almedina, 1999. p.98).

sentença, condenação por qualquer circunstância agravante, pois esta é fato e como tal deve estar descrito, na denúncia e reconhecido na pronúncia.

Pensar, simplesmente, que a circunstância agravante genérica é inerente à pena, é desconhecer que ela, tratando-se de um fato, integra um pedaço da vida²⁶⁸ e como tal deve ser descrita para que o réu possa dela se defender, sob pena de violação ao direito de ampla defesa e ao contraditório.

O projeto permite ainda que o juiz possa, na sentença, *impor os aumentos ou diminuições da pena, em atenção às causas admitidas pelo Júri*, ou seja, tal admissão pelo júri somente poderá ocorrer se a causa especial estiver descrita na petição inicial penal pois, do contrário, haverá julgamento *ultra petita*.²⁶⁹

Em síntese apertada, essas são as principais *velhas inovações* do projeto, pois, como se viu, em nada de importante, quanto ao compromisso com um processo penal democrático, muda o projeto da atual situação.²⁷⁰ O projeto analisado é fruto da famigerada reforma parcial, pois não há reforma do conjunto, do sistema, não há base principiológica no referido projeto.

²⁶⁸"Que num tal conceito do facto processual vai implícito um juízo a priori de subsunção, ou uma presunção jurídico-normativa sobre o pedaço de vida que constitui o facto processual submetido à apreciação jurisdicional, é inegável, mas é esse o tributo que se impõe, pelo referente normativo de que se não pode prescindir." (ISASCA, op. cit., p.95).

²⁶⁹Art. 460 do CPC. "É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."

²⁷⁰"No âmbito do Direito Processual Penal, a produção doutrinária predominante continua refratária ao princípio acusatório, instituído pelo modelo constitucional de 1988. Até mesmo os diversos projetos de reforma não têm conseguido incorporar os novos paradigmas do Estado Democrático de Direito, ficando ainda presos ao velho modelo inquisitorial, portanto, continuando a reforçar a figura de um 'juiz Hércules', que confunde seu papel com o de acusador e defensor, buscando (e produzindo) provas sponte sua, tudo com base no (metafísico) princípio da verdade real, que "sustenta" o modelo inquisitorial do velho Código de 1941." (STRECK, **Jurisdição**..., op. cit., p.82).

PARTE III
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO JÚRI

CAPÍTULO 5

A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

5.1 A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

A Constituição de um Estado é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar algo, de organizar, de ser a base, de ser essencial a algo que se pretende instituir. Em outras palavras, Constituição *constitui*²⁷¹ certa ordem e organiza os poderes de um Estado estabelecendo limites ao seu exercício, pois um Estado não pode deixar seus *súditos* à mercê do soberano que passa a possuir direitos (e também deveres) contra ele, imprescritíveis e invioláveis.²⁷²

Na medida em que se estabelece limitação ao poder deixando ele de ser mero atributo do Rei, do Soberano, e passando a pertencer aos indivíduos representados no Parlamento, o Estado necessita de uma organização que distribua as funções, estabeleça limites aos órgãos que cria, institua um regime de governo, sua forma, seu sistema de governo, enfim, necessita de uma Constituição.

A idéia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na protecção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir.²⁷³

O cidadão tem a garantia de que todos seus direitos e deveres estão prescritos no texto constitucional podendo usar dos remédios jurídicos colocados à sua disposição para fazer valê-los. O Estado, sendo de direito, torna-se o espaço juridicamente limitado dentro do qual o cidadão goza a plenitude dos direitos

²⁷¹STRECK, **Jurisdição...**, op. cit., p.73.

²⁷²MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.326.

²⁷³MIRANDA, **Teoria...**, op. cit., p.326.

inerentes ao exercício da cidadania plena. Neste sentido, o Estado de Direito, fundando liberdades públicas e instituindo a democracia, vem constituir o fundamento subjacente da ordem jurídica.²⁷⁴

Contudo, não se pode perder de vista o viés ético do Estado, ou seja, seu compromisso em instituir mecanismos asseguradores do pleno e livre desenvolvimento da pessoa humana, tornando-se assim em Estado Democrático Social de Direito comprometido com a libertação do outro, como integrante de um mundo excluído social, política, econômica e culturalmente, livrando-se do *centro imperial dominador*²⁷⁵. A Constituição, de um País como o Brasil, deve, portanto, levar em consideração exatamente essa exclusão e adotar medidas que visem livrar seu povo do jugo dominador, razão pela qual o homem, como ser dotado de razão, deve ser o objeto central dessa preocupação. Não há espaço, no Brasil atual, para elaboração de uma Constituição que não leve em consideração o homem em si como participante da vida pública, pois o verdadeiro Estado de Direito é aquele que tem como elemento qualificador a democracia, pois seus valores (da democracia) se irradiam sobre todos os elementos constitutivos do Estado²⁷⁶ e sobre a ordem jurídica²⁷⁷. O que qualifica o Estado é ser ele democrático e não ser apenas de direito, pois o Estado brasileiro é diferente do Estado Português, que é um Estado de Direito Democrático com o democrático qualificando o direito e não o Estado.²⁷⁸

²⁷⁴STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.88.

²⁷⁵DUSSEL, **Método**..., op. cit., p.222.

²⁷⁶Território, povo, governo e soberania.

²⁷⁷STRECK e MORAIS, op. cit., p.93.

²⁷⁸SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.119.

Nesse sentido, não há legitimidade no ato de julgar sem que se respeite a vida, esta compreendida em todos os seus reflexos²⁷⁹, como bem sagrado e inalienável do ser humano, pois se toda e qualquer decisão, segundo a Constituição, deve ser fundamentada (art. 93, IX), se todo poder emana do povo e em seu nome é exercido (art. 1.º parágrafo único), a incomunicabilidade, instituída na ditadura Vargasista, não encontra espaço no ordenamento jurídico constitucional hodierno.

Os direitos e as garantias individuais ganham uma dimensão diferente no Estado Democrático de Direito, a fim de que se possa, por meio dele, erradicar toda e qualquer desigualdade entre os indivíduos, pois os atores jurídicos devem agir visando obter uma "eficácia protetiva dos direitos fundamentais, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional, razão pela qual o legislador constituinte originário erigiu tais direitos à condição de cláusula pétrea ou garantias de eternidade (art. 60, § 4.º, IV)".²⁸⁰

Nesse sentido, o tribunal do júri, como espaço dentro do qual são tratados direitos fundamentais do homem, tais como a vida e a liberdade para não dizer da dignidade da pessoa humana e do poder que o povo exerce ao julgar, deve merecer uma releitura à luz dos direitos fundamentais que não pode ser despido de tais direitos e, conseqüentemente, das garantias necessárias a efetivação dos mesmos.

Lenio Streck ensina:

Nunca é demais repetir que o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais - no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. Há assim uma co-pertença entre ambos.²⁸¹

²⁷⁹Direito à vida; direito à liberdade de locomoção; direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas; respeito à dignidade da pessoa humana.

²⁸⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.371 e 77.

²⁸¹STRECK, **Jurisdição...**, op. cit., p. 110.

Para tanto, a Constituição estabelece um sistema de garantias constitucionais significando o conjunto instrumentalizado e organizado de institutos jurídicos que prevê, para assegurar a conservação e renovação das suas normas, uma permanente observação fazendo valer seu cumprimento efetivo e a defendendo contra toda e qualquer agressão aos seus postulados²⁸²; e o júri, garantia fundamental (art. 5.º XXXVIII) que é, não poderia ficar fora dessa proteção.

5.2 SER JURADO: DIREITO OU DEVER DO CIDADÃO?

No sistema jurídico processual brasileiro o exercício da função de jurado não encontra disciplina nem assento constitucional, pois não se pode confundir a previsão constitucional do tribunal do júri²⁸³ com as regras exigidas para o chamamento do cidadão para compor o corpo de jurados. A Constituição assegura o julgamento pelo tribunal do júri como direito e garantia fundamental do cidadão-acusado, mas não lhe confere o mesmo direito quando se trata de compor o órgão jurisdicional que o julga, ou seja, ser jurado não é direito a ser exercido no ordenamento jurídico brasileiro.

Em verdade, trata-se de dever imposto pela lei processual penal, *in verbis*:

Art. 434. O serviço do júri será obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 21 (vinte e um) anos, isentos os maiores de 60 (sessenta).

Percebe-se que o ato é *manu militare*, ou seja, o Estado chama o cidadão e impõe a ele o dever de servir como jurado, infligindo-lhe, inclusive, multa e perda de direitos políticos (art. 443 c/c 435, respectivamente, ambos do CPP).

²⁸²MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: garantia da constituição e controle da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.14.

²⁸³Art. 5.º XXXVIII da CR.

Tourinho Filho assim se manifesta:

Dizendo a lei que o serviço do júri é obrigatório, significa que, salvo as pessoas isentas por lei, não é lícito a ninguém dele se escusar-se; é obrigação imposta por lei a todos os brasileiros natos ou naturalizados para o desempenho de relevante função pública.²⁸⁴

Ora, se o jurado, ao julgar, exerce parcela de soberania nacional, fundamentando o Estado Democrático de Direito (art. 1.º, I da CR), e se, efetivamente, o poder expresso em sua decisão manifesta a opinião geral do povo e não apenas a opinião particular de todos (art. 1.º parágrafo único), tal função deveria ser garantia plena de cidadania, permitindo que o cidadão pudesse se candidatar ao cargo de jurado, desde que preenchesse os requisitos legais para a ocupação dele. Para tanto, bastaria o juiz requisitar junto ao tribunal regional eleitoral da região, mediante as respectivas zonas eleitorais, a lista dos eleitores, para quando o cidadão se candidatar à função de jurado haver prova de que se encontra em gozo de todos os direitos políticos.

Destarte, a Constituição deveria estabelecer como direito e garantia fundamental o exercício da função de jurado, considerando que todo o poder, na democracia, é exercido pelo povo e para o povo, logo, o exercício da cidadania plena, no júri, tem que passar pelo crivo da escolha do jurado pelas partes que, diante da lista voluntária de trinta e seis cidadãos, presentes, escolheriam aqueles que expressassem a vontade geral do povo, podendo recusar, cada parte, até doze pessoas, finalizando doze jurados. Caso houvesse o chamado *estouro da urna*²⁸⁵ seriam chamados os suplentes que já estariam presentes, no dia da escolha.

²⁸⁴TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996. v.2. p.63.

²⁸⁵"Se ocorrer falta de número de jurados para formação do Conselho de Sentença, em decorrência das recusas ou das suspeições, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido. É a hipótese tratada no § 1.º do art. 459 do CPP. A isso chamamos, junto com a boa doutrina, de estouro de urna." (RANGEL, **Direito...**, op. cit., p.815).

Assim, evitar-se-ia a famigerada escolha dos jurados feita pelo juiz nas entidades de classe e/ou órgão governamentais, tais como associações profissionais, procuradorias do Estado, do município, nos bancos estatais, nas secretarias governamentais respectivas etc... sem nenhuma representação popular.

Dessa forma, evitar-se-iam os jurados profissionais e os que não querem participar do exercício da função de julgar, atuando, inclusive, com predisposições sobre o fato. Não são poucos os casos em que jurados incomodados com o chamado judicial decidem em contrariedade com as partes só para não serem mais escolhidos, sem se preocupar com a tensão travada no júri: direito de liberdade *versus* vida.

Cidadão, como integrante do corpo de jurados, entende-se todo aquele que se encontra em pleno gozo dos direitos políticos, excluindo, conseqüentemente, os analfabetos e os estrangeiros que não podem ser elegíveis. Estes, por não poderem exercer parcela de soberania nacional e aqueles por estarem privados do conhecimento necessário para distinguir uma cédula sim de uma cédula não, bem como consultar qualquer peça dos autos.

5.3 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A COMUNICABILIDADE ENTRE OS JURADOS COMO IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA MOTIVAÇÃO DE SUA DECISÃO

Não há mais espaço, no Direito Constitucional hodierno, para interpretação da Constituição por meio da legislação infraconstitucional, pois a força normativa e o princípio da supremacia da Constituição há muito a impedem.

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.²⁸⁶

²⁸⁶HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.19.

Para tanto, os atores jurídicos devem assumir o compromisso solene de erradicar do ordenamento jurídico, via Constituição e mediante a declaração incidental (ou via de ação direta) de inconstitucionalidade, toda e qualquer lei ou ato normativo que afrontar a Carta Magna do País.

Paulo Ricardo Schier mostra passagem lúcida sobre o tema:

De nada vale qualquer concepção epistemológica emancipatória se continuarem os Juízes a aplicar as leis do século passado com a cabeça do século passado. Ou pior, se continuarem a ler os novos instrumentos e valores trazidos pela nova ordem jurídica (a instaurada no Brasil com o advento da Constituição de 1988) sob o influxo da ordem anterior ou, ainda, insistirem em adaptar a Constituição ao espírito da legislação infraconstitucional.²⁸⁷

Os princípios constitucionais devem ser, assim, as balizas dentro das quais o ator jurídico irá atuar sacrificando um interesse em favor da preservação deles, fortalecendo o respeito à Constituição e, conseqüentemente, assegurando um bem da vida indispensável à manutenção do Estado Democrático de Direito²⁸⁸, sem o qual não há ordem jurídica possível.

No caso do tribunal do júri, portanto, não se pode mais aplicar um código de processo penal, da primeira metade do século passado, em detrimento das conquistas constitucionais hodiernas, dentre elas a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O tribunal do júri se encontra dentro destas conquistas e, por via de conseqüência, a utilização da linguagem é instrumento de viabilização delas, enquanto modo de ser no mundo. O espaço social ocupado pelo júri não pode fugir do exercício da linguagem, desde que preocupado com o *outro* como ser igual a nós.

Nesse viés filosófico, mister se faz a libertação no sentido de desenvolver a vida humana, quebrando o sistema expressivo do comportamento de uma sociedade em que o outro não era prioridade, para que se possa exigir que as instituições e o

²⁸⁷SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p.68.

²⁸⁸HESSE, op. cit., p.22.

sistema abram novas perspectivas que ultrapassem a mera reprodução como repetição de *o Mesmo*; e expressão e exclusão das vítimas.²⁸⁹

A Constituição é a base deste compromisso ético com o outro, sob pena de se invalidar toda a luta travada para se alcançar a plenitude de um Estado Democrático de Direito, com sacrifício de muitas vidas e da liberdade dos outros, durante o período obscuro da ditadura militar. No Estado de Direito as decisões estatais devem ser transparentes e fundamentadas, logo objeto de discussão entre os integrantes do conselho de sentença.

²⁸⁹DUSSEL, *Ética...*, op. cit., p.566.

CONCLUSÃO

1. O exercício da linguagem no tribunal do júri não pode ser visto no sentido de mero consenso obtido entre os atores que nele atuam, mas sim como produto de um comportamento ético, como tribunal compromissado com a vida e a liberdade do outro, ser igual a nós, na sua diferença. Logo, a ética do discurso deve ser afastada porque não inclui as vítimas. Não se faz consenso com a vida humana.
2. Na visão de Dussel, há que se ter uma filosofia Latino-Americana, como espaço geográfico distinto da visão européia de mundo. A proposta latina deve levar em consideração a realidade socioeconômica e cultural dos países periféricos e não a do Primeiro Mundo. Logo, o tribunal do júri deve ser próprio desses países, com estrutura diferenciada, levando-se em consideração o compromisso ético do ator jurídico com a liberdade e com a vida humana.
3. Os direitos e as garantias fundamentais devem ser vistos dentro de um contexto próprio do princípio democrático e se não houver respeito à liberdade de locomoção e à vida humana como direitos fundantes, todo e qualquer ato será inconstitucional. Trata-se de um espaço de proteção e resguardo contra o exercício de poder antidemocrático. Se a decisão do conselho de sentença não expressar o poder conferido ao povo pela Constituição da República (art. 1.º parágrafo único), fundamentando sua decisão (art. 93, IX), será ela inconstitucional.
4. O silêncio tem significado, e a própria palavra pronunciada traz consigo a exclusão de outras que não foram ditas. A palavra produz silêncio. O próprio ato de falar exclui o que não foi dito, pois quando se diz algo – porque se elegeu para dizer – o que não foi dito vem em forma de silêncio, mas está em determinado lugar com seu significado. No júri o voto é significativo e expressa uma exclusão. A exclusão de tudo aquilo que não pôde ser dito e era significativo para decidir a vida do outro.

5. A ditadura impõe o silêncio, o medo e o terror produzindo textos legais legitimadores de suas ações nefastas e o júri é um dos ambientes de manipulação e proliferação do medo na sociedade. Os jurados, representando os ideais da classe que está no poder, emitem suas decisões transferindo ao outro seus medos e suas frustrações.
6. O júri, para ser democrático, deve estar calcado no compromisso com a ética da libertação repelindo qualquer ato manipulador de idéias e expressando a vontade geral da sociedade e não à vontade de todos. Ou seja, não há mais espaço para os jurados serem manipulados por um ato de império sendo escolhidos a dedo, muito menos para que expressem apenas a vontade de uma determinada casta social.
7. Na maioria dos países da Europa (bem como nos EUA), os jurados no tribunal do júri têm plena comunicação entre si, diferindo apenas na composição do conselho de sentença e fundamentando a decisão. Inclusive, na Inglaterra, quando de sua formação original, eram 23 pessoas do condado que decidiam se o réu seria levado a conselho de sentença para que, 12 outras pessoas, decidissem quando a culpa ou inocência do réu.
8. Nos EUA a função de jurado é fruto do processo democrático, pois configura exercício pleno de cidadania. É direito substantivo fundamental de todo e qualquer acusado ser julgado pelos seus pares que são aqueles que pertencem à comunidade onde o crime foi praticado. Contudo, no Brasil, é obrigatório ser jurado e sujeito a sanções legais.
9. Na Inglaterra, EUA, França, Itália, Espanha, Portugal a condenação perante o conselho de sentença, em regra, somente pode se dar se houver decisão por maioria qualificada ou por unanimidade de votos, em respeito à liberdade de locomoção, sem contar a necessária fundamentação da decisão. No Brasil, a decisão é por maioria simples de votos, possibilitando a chamada *dúvida aritmética* (votação de 4x3) e

a decisão é com base no sistema da íntima convicção, em silêncio, sem fundamentação.

10. O júri brasileiro do Império (desde 1822) e do início da República (até 1938) era composto por doze jurados, que discutiam o caso penal entre si. O júri de hoje (desde 1938 até nossos dias) é composto por sete jurados que decidem o fato/caso penal comunicáveis, entre si. Se o Brasil é um Estado Democrático de Direito (art. 1.º da CR), o número de jurados deveria passar para doze, número originário de sua formação no País, e a decisão do júri deveria ser por maioria qualificada, na qual uma condenação somente poderia se dar por 10x2 ou 11x1 dos jurados; menos do que isso a absolvição é medida imperiosa em respeito à liberdade do indivíduo.
11. A escolha dos jurados deve ser feita entre todos da sociedade, mediante um processo de escolha aleatório e não predeterminado e de livre escolha pelo juiz. Os jurados devem ser chamados pela lista eleitoral da comarca a fim de alcançar todas as classes sociais e não apenas funcionários públicos e estudantes universitários como tem sido; criando, assim, um tribunal efetivamente democrático na sua formação.
12. A reforma processual penal não pode ser parcial, pontual, mas sim global. Há que se estabelecer uma *reserva de código* para que se possa assegurar todos os direitos e as garantias individuais em uma recodificação das leis esparsas, evitando o discurso do movimento da lei e da ordem, ou seja, o discurso da necessária defesa social que inspirou a elaboração do código de processo penal brasileiro.
13. O Projeto n.º 4.203/01, de reforma do tribunal do júri, que se encontra no Congresso Nacional é novo, mas com cara de velho, ou seja, não espelha a realidade constitucional adotada em 1988. Repete os mesmos erros e mantém a incommunicabilidade do júri, bem como o sistema da íntima convicção dos jurados, sendo inconstitucional, se aprovado for nestes termos. A supressão do libelo-crime acusatório, no projeto, evita

que ocorram nulidades infundáveis, mas ao colocar nas mãos do juiz os limites da acusação, através da pronúncia, viola a estrutura acusatória quebrando a necessária eqüidistância entre juiz e partes.

14. O projeto peca, ainda, pelo vício da inconstitucionalidade quando afronta o princípio da proporcionalidade, pois não é razoável que um jurado possa ter apenas vinte e um para decidir a vida do outro igual a ele, na sua diferença. A idade para que possa um cidadão ser jurado deve ser de trinta e cinco anos em compatibilidade com a idade mínima para que se possa candidatar ao cargo de Presidente da República.
15. O Brasil, fundando um Estado Democrático de Direito, exige que toda e qualquer decisão judicial respeite os direitos e as garantias fundamentais e um deles é, exatamente, o devido processo legal, em que as decisões devem ser fundamentadas e fruto do debate e da discussão, não sendo lícito excluir, desse imperativo constitucional, o tribunal do júri.
16. A força normativa da Constituição impõe uma releitura do tribunal do júri, a fim de que o exercício da linguagem seja comprometido com o outro como ser igual a nós, na sua diferença, tratando-o de forma a assegurar-se a plena comunicabilidade entre o conselho de sentença e a fundamentação de suas decisões, nos exatos limites do texto constitucional hodierno e não mais com base na Constituição de 1937, onde o código de processo penal teve inspiração. A comunicação entre os jurados é medida imperiosa e constitucional para que a decisão do júri represente os ideais de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.
17. No júri há expresse exercício de poder que deve ser democrático, sob pena de invalidar a decisão dos jurados. Logo, não basta a decisão ser apenas por maioria; ela tem que estar comprometida com a liberdade do outro, ou seja, deve haver um compromisso ético, na decisão, que somente será alcançado pela plena comunicação entre o conselho de

sentença e sua necessária e conseqüente fundamentação. Decisão muda, emanada do conselho de sentença, e sem fundamentação é ofensa ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ADMEIT, Klaus; LLANO, Cristina Hermida. **Filosofía del Derecho y del Estado**. Madrid: Trotta, 1999.
- ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. **Pequena história da formação social brasileira**. 4.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2001.
- ALLORIO, Enrico. **Problemas de Derecho Procesal**. Tradução de: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. Tomo I e II.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.
- ALMEIDA, Rosemary de Oliveira. **Mulheres que matam: universo imaginário do crime no feminino**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y Derecho Procesal** (Introducción). 2.ed. Madrid: EDR, 1997.
- ALVES, Márcio Moreira. **68 mudou o mundo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **História das idéias políticas**. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra : Almedina, 1998
- AQUINO, Álvaro Antônio Sagulo Borges de. **A função garantidora da pronúncia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.
- AQUINO, Maria Aparecida de. Estado autoritário brasileiro pós 64: conceituação, abordagem historiográfica, ambigüidades, especificidades. In: Fico, Carlos et al. (Org.). **1964-2004 - Anos do golpe: ditadura militar e resistência no Brasil**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2004.
- AQUINO, Tomás de. **Verdade e conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ARAÚJO, Gladston Fernandes de. **Tribunal do júri: uma análise processual à luz da constituição federal**. Rio Janeiro: Impetus, 2004.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **A política**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARNS, D. Paulo Evaristo (Prefaciador). **Brasil nunca mais**. Petrópolis (RJ): Vozes, 1999.

AROCA, Juan Montero. **Principios del Proceso Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.

_____. **Sobre La Imparcialidad Del Juez y La Incompatibilidad de Funciones Procesales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

ARRIVÉ, Michel. **Linguagem e psicanálise lingüística e inconsciente**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

ASÍS, Rafael de. **Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder**. Madrid: Dykinson, 2000.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 2.ed. São Paulo: Landy, 2002.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BACILA, Carlos Roberto. **Polícia x direitos humanos** (Diligências policiais de urgência e direitos humanos: o paradigma da legalidade). Curitiba: JM, 2002.

_____. Principios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Estigmas**: um estudo sobre preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BADENI, Gregorio. **Instituciones de Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

BAJAR, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

BALLESTEROS, Jesús. **Derechos Humanos**. Madrid: Tecnos, 1992.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos e Instituto de Criminologia Carioca, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Tradução de: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BELING, Ernest. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: DIN, 2000.

BENAZZI, Natale; D'AMICO, Matteo. **O livro negro da inquisição**. Lisboa: Âncora, 2001.

BETHELL, Leslie. **História da América Latina**: de 1870 a 1930. São Paulo: EDUSP, 2002. v.5.

BETHELL, Leslie; CARVALHO, José Murilo de. O Brasil da independência a meados do século XIX. In: BETHELL, Leslie. **História da América Latina**: da independência até 1870. São Paulo: EDUSP, 2001. v.3.

BETHENCOURT, Francisco. **História das inquisições**: Portugal, Espanha e Itália. Séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. Tradução de: Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

BICUDO, Hélio Pereira. **Meu depoimento sobre o esquadrão da morte**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BINDER, Alberto M. **Introducción Al Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993.

_____. **Ideas Y Materiales para La Reforma de La Justicia Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. 8.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoría General Del Derecho**. 2.ed. 3. reimp. Colômbia: Temis, 1999.

_____. **Os intelectuais e o poder**. 2. reimp. São Paulo: UNESP, 1997.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BURKE, Peter. **A arte da conversação**. Tradução de: Álvaro Luiz Hattnher. 1. reimp. São Paulo: UNESP, 1995.

_____. (Org.). **História social da linguagem**. São Paulo: UNESP, 1997.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CABEDA, Luiz Fernando. **A justiça agoniza**. São Paulo: Esfera, 1998.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALMON, Pedro. **História social do Brasil: espírito da sociedade colonial**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. v.1-3.

CAMPO, Javier Jiménez. **Derechos Fundamentales Concepto y Garantías**. Madrid: Trotta, 1999.

CAMPOS, Manuel Fontaine. **O direito e a moral no pensamento de Friedrich Hayek**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2000.

CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CANTARINO, Geraldo. **1964 a revolução para inglês ver**. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Oralidad Y Pruebas em el Proceso Civil**. Buenos Aires: EJE, 1972.

_____. **Proceso, Ideologías, Sociedad**. Tradução de: Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.). **Minorias silenciadas: história da censura no Brasil**. São Paulo: EDUSP/Imprensa Oficial do Estado/ Fapesp, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Las Miserias del Proceso Penal**. Buenos Aires: EJE, 1959.

CARRIÓ, Alejandro D. **Garantías Constitucionales en el Proceso Penal**. 4.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris e ITEC, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: longo caminho**. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. **A construção da ordem, teatro de sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTILLO, Niceto Alcala - Zamora y. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945. 3 Tomos.

CATENA, Victor Morena. **Derecho Procesal Penal**. 3.ed., Madrid: Colex, 1999.

CEREZO, A. Calderón; MONTALVO, J. A. Choclán. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Dykinson, 2002.

CHALITA, Gabriel. **A sedução do discurso: o poder da linguagem nos tribunais de júri**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CHOMSKY, Noam. **Os caminhos do poder: reflexões sobre a natureza humana e a ordem social**. Tradução de: Elisabete Lacerda. Porto Alegre: Artmed, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Temas de direito e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coords.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **A reforma processual penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001.

_____. (Coords.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002.

CIOTOLA, Marcello. **Os atos institucionais e o regime autoritário no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

COLOMER, Juan-Luis Gomes. **El Proceso Penal Aleman Introduccion Y Normas Basicas**. Barcelona: Bosch, 1985.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de Derecho Constitucional**. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1999. 2v.

CONDE, Francisco Muñoz. **Búsqueda de la Verdad En El Proceso Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

_____. **Edmundo Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Tradução de: Paulo César Busato. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

CORDERO, Franco. **Guida Alla Procedura Penale**. Torino: UTET, 1986.

_____. **Procedimiento Penal**. Colombia: Temis, 2000. Tomo I e II.

COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COSTA, Sérgio Corrêa. **Brasil, segredo de estado**: incursão descontraída pela história do país. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**: um estudo sobre seu pensamento político. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.3.

_____. Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal. In: Cléve, Clemerson Merlin (Org.). **Direito e neoliberalismo**. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p.39.

_____. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2002. p.139.

_____. A crise de segurança pública no Brasil. In: Bonato, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2002. p.181.

_____. (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. Separata de: **Revista ITEC**, ano 1, n.4, jan./mar. 2000.

_____. Segurança pública e o direito das vítimas. In: RÚBIO, David Sanches; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

COUTINHO, Nelson Jacinto de Miranda et al. O absurdo das denúncias genéricas. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Diatética, 2004.

CUÉLLAR, Jaime Bernal; LYNETT, Eduardo Montealegre. **El Proceso Penal**. 3.ed. reimp. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997.

D'ARAÚJO, Maria Celina. **O estado novo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, Lucrecio Rebollo. **El Derecho Fundamental a la Intimidad**. Madrid: Dykinson, 2000.

DÍEZ, Luis Alfredo de Diego. **Justicia Criminal Consensuada**: algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

DIJK, Teun a. Van. **Cognição, discurso e interação**. 3.ed. São Paulo: Contexto, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. Um novo tribunal do júri. **Revista de Processo**, São Paulo, p.138, jan./mar. 1997.

_____. **Bases e alternativas para o sistema das penas**. São Paulo: RT, 1998.

_____. A retroatividade da Lex Mitior e o critério da combinação de leis. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. **Coletânea justiça penal**. São Paulo: RT, 1999. v.6.

_____. **Anteprojeto de reforma do código de processo penal no tribunal do júri**. Aviso n.º 1.151, de 29 de outubro de 1999 e Portaria n.º 61, de 20 de janeiro de 2000.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense: 2001.

_____. **Casos criminais célebres**. 3.ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.42, p.264, 2003.

DOLTO, Françoise. **Tudo é linguagem**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DONGHI, Halperin. **História da América Latina**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. São Paulo: Landy, 2003.

DUSSEL, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação**. São Paulo: Loyola, 1986.

_____. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão social. Tradução de: Ephraim Ferreira Alves e outros. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ESER, Albin. Juízes leigos no processo penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 1.ed. 2. tiragem. São Paulo: RT, 1999.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v.4.

FAGUNDES, Valda Oliveira. **O discurso no júri**: aspectos lingüísticos e retóricos. São Paulo: Cortez, 1987.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 13.ed. São Paulo: Globo, 1998. 2.v.

FAUSTO, Boris. **A revolução de 1930**. 16.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

_____. **História do Brasil**. 6.ed. São Paulo: EDUSP, 1999.

_____. **Crime e cotidiano**. 2.ed. São Paulo: EDUSP, 2001.

_____. **O pensamento nacionalista autoritário**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

FAUSTO, Boris; DEVOTO, Fernando J. **Brasil e Argentina**: um ensaio de história comparada (1850-2002). São Paulo: Ed 34, 2004.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Lisboa: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ, Ricardo Rodrigues. **Derechos Fundamentales Y Garantías Individuales En El Proceso Penal**. Granada: Comares, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 3.ed. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **Derechos y Garantías**: La Ley Del Más Débil. Tradução de: Perfecto Andrés Ibáñez. Madri: Trotta, 1999.

_____. **El Garantismo y la Filosofía del Derecho**. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 2000.

_____. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: ano 7, n.12, p.32, 2.º semestre 2002.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 4.ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: RT, 2004.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal**: um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: PUC Rio, 1999.

_____. **Microfísica do poder**. 16.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. **Em defesa da sociedade**. Tradução de: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. 39.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- GASPARI, Elio. **A ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- _____. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GASPARI, Elio; HOLLANDA, Heloísa Buarque; VENTURA, Zuenir. **70/80 cultura em trânsito: da repressão à abertura**. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2000.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.
- GOMES, Ramón Macia (Dir.). **Sistemas de Proceso Penal En Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de processo penal**. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- GRAU, Joan Verger. **La Defensa del Imputado y el Principio Accusatorio**. Barcelona: Bosch, 1994.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- _____. **Libertad, Igualdade, Fraternidade: 1789 Como História, Actualidad y Futuro del Estado Constitucional**. Madrid: Trotta, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre factividade e validade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.
- HALIMI, Serge. **Os novos cães de guarda**. Tradução de: Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis (RJ): Vozes, 1998.
- HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes, 2003.
- HENDLER, Edmundo S. **Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.
- HERMAN, Edward S.; CHOMSKY, Noam. **A manipulação do público: política e poder econômico no uso da mídia**. Tradução de: Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2003.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HIRSCH, Andrew Von. **Censurar Y Castigar**. Madrid: Trotta, 1998.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Leviatã**. São Paulo: Ícone, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque de (Dir.). **História geral da civilização brasileira**. 13.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. Tomo I e II. v.1 e 3.

ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. Coimbra: Almedina, 1999.

JAGUARIBE, Helio. **Um estudo crítico da história**. São Paulo: Paz e Terra, 2001. 2.v.

JAMES, Philip. **Introducción al Derecho Inglés**. Colombia: Temis, 1996.

JUNOY, Joan Picó I. **Las Garantías Constitucionales del Proceso**. Barcelona: Bosch, 1997.

_____. **La Imparcialidad Judicial y sus Garantías: la Abstención y la Recusación**. Barcelona: Bosch, 1998.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofía Del Derecho**. Tradução de: Luis Villar Borda; Ana María Montoya. 2 ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1999.

KIRCHHEIMER, Otto. **Justicia Política**. Granada: Comares, 2001.

KOERNER, Andrei. Habeas corpus, pratica judicial e controle social no Brasil (1841-1920). **IBCCRIM**, São Paulo, n.10, 1999.

KYRILLOS, Leny; COTES, Claudia; FEIJÓ, Deborah. **Voz e corpo na TV: a fonoaudiologia a serviço da comunicação**. São Paulo: Globo, 2003.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5.ed. São Paulo: RT, 2001. (Série Métodos em Direto, v.1).

LEONE, Geovane. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: EJE, 1989. 3 Tomos.

LIMA, Roberto Kant de. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Sistema de investigação preliminar no processo penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é o direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Derecho Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal**: parte geral. São Paulo: RT, 1987.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual a racionalidade?** Tradução de: Marcelo Pimenta Marques. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2001.

MCNAUGHT, John. Inglaterra Y Gales. Gómez, Ramón Maciá (Org.). **Sistema De Proceso En Europa**. Barcelona: Cedecs, 1998.

MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. 2.ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999. Tomo I.

MAIER, Julio B. et al. **Juicio Por Jurados en el Proceso Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu**: a história e o romance de um condenado à morte. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

MARKUN, Paulo; HAMILTON, Duda. **1961**: que as armas não falem. São Paulo: Senac, 2001.

MARQUES, Bráulio. A efetividade da norma penal. Abordagem psicanalítica. In: Fayet Júnior, Ney et al. (Org.). **Estudos críticos de direito e processo penal**: em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963.

_____. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v.3.

_____. **Estudos de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2001.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barbas; GARCIA, Eusébio Fernandez (Dir.). **Historia de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 1998. Tomos 3.

MARTY, Mireille Delmas (Dir.). **Procesos Penales de Europa**. Tradução de: Pablo Morenilla Allard. Madrid: Edijus, 2000.

_____. (Org.). **Processos penais da Europa**. Tradução de: Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAX, Karl. **A questão judaica**. 5.ed. São Paulo: Centauro, 2000.

MAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2.ed. Lisboa: Estampa, 1994.

MÍNGUEZ, Elizabeth Cardona. **El Jurado**: su Tratamiento em el Derecho Procesal Español. Madrid: Dykinson, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Tomo VI.

_____. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.
- MONTEIRO, Hamilton de Mattos. Da independência à vitória da ordem. In: Linhares, Maria Yedda (Org.). **História geral do Brasil**. 9.ed., 5. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1990.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral. São Paulo: Atlas, 1998.
- MORAES, Dênis de. **Prestes**: lutas e autocríticas. 3.ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: garantia da constituição e controle da constitucionalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri**: crimes e processo. São Paulo: Atlas, 1999.
- NASSIF, Aramis. **O júri objetivo**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- NEF, Frédéric. **A linguagem**: uma abordagem filosófica. Tradução de: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.
- NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira et al. O Império do Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri**: princípios constitucionais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e os direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OJEA, Ignacio Aymerich. **Sociología de Los Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 5.ed. Campinas (SP): Unicamp, 2002.
- PASTRANA, Ángel Tinoco. **Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Manole, 2002.

PÉREZ, Alex Carocca. **Garantia Constitucional de La Defensa Procesal**. Barcelona: Bosch, 1998.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. São Paulo: Jalovi, 1983.

PINILLA, Ignacio Ara. **Las Transformaciones de Los Derechos**. 1. reimp. Madrid: Tecnos, 1994.

PINTO, António Augusto Tolda. **A tramitação processual penal**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**: procedimentos e aspectos do julgamento e questionários. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Limites às interceptações telefônicas e a jurisprudência do superior tribunal de justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**: colônia. 23.ed., reimp. São Paulo: Brasiliense, 1999.

_____. **História econômica do Brasil**. 1.ed. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2002.

RAMONET, Ignácio. **A tirania da informação**. Tradução de: Lúcia Mathilde Endlich Orth. 2.ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo Castro. **Repensar o poder judicial**: fundamentos e fragmentos. Porto: Universidade Católica, 2001.

RAWLS, John. **Sobre Las Libertades**. Tradução de: Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Piados Ibérica, 1982.

_____. **Teoría de la Justicia**. Tradução de: Maria Dolores González. 2.ed. reimp. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1997.

_____. **Justicia Como Equidad**. Tradução de: M. A. Rodilla. 2.ed. reimp. Madrid: Tecnos, 2002.

REIS, Daniel Aarão. **Ditadura militar, esquerdas e sociedade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

ROBERTS, J.M. **O livro de ouro da história do mundo: da pré-história à idade contemporânea**. Tradução de: Laura Alves e outro. 2.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

ROSA, Luiz Alfredo Garcia. **Palavra e verdade**. 4.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSSI, Jorge Eduardo Vazquez. **La Defensa Penal**. 2.ed. Argentina: Rubinzal, 1989.

ROSSI, Vázquez. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1995. Tomo I.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25.ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

_____. **La Evolución de La Política Criminal, El Derecho Penal y El Proceso Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

RUDGE, Ana Maria. **Pulsão e linguagem: esboço de uma concepção psicanalítica do ato**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SANTAELLA, Lúcia. **O Que é Semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SANTOS, Ana Maria dos et al. **História do Brasil: da terra Ignota ao Brasil atual**. Rio de Janeiro: Logon, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade**. 7.ed. São Paulo: Cortez, 1995.

_____. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000. v.1.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

_____. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SANTOS, M. Simas; HENRIQUES, M. Leal. **Código de processo penal anotado**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1999. 2v.

SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil: território e sociedade no início do século XXI**. 3.ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SAPIR, Edward. **A linguagem**. São Paulo: Perspectiva, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHLÜCHTER, Ellen. **Derecho Procesal Penal**. Tradução de: Iñaki Esparza Leibar; Andrea Planchadell Gargallo. 2.ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

SENDRA, Vicente Gimeno. **Derecho Procesal Penal**. 3.ed. Madrid: Colex, 1999.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte americano**. Tradução de: Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SICHES, Luis Recasens. **Filosofía Del Derecho**. México: Porrúa, 1998.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Lisboa: Verbo, 2000. v.3.

SILVA, Hélio. **1954**: um tiro no coração: o ciclo Vargas. Porto Alegre: L&PM, 2004.

_____. **1889**: a República não esperou o amanhecer. Porto Alegre: L&PM, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Kédyma Cristiane Almeida. Reforma da instituição do júri a partir de uma visão garantista dos direitos. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal**, Brasília, ano 10, v.20, p.76-112, jul./dez. 2002.

SILVA, Marilúze Ferreira de Andrade e. **Pensamento e linguagem**: Platão, Aristóteles e a visão contemporânea da teoria tradicional da proposição. Rio de Janeiro: PósModerno, 2002.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil**: de Getúlio a Castelo. Tradução de: Ismênia Tunes Dantas. 10.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. **Uma história do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

SOARES, Gláucio Ary Dillon et al. (Org.). **Os anos de chumbo**: a memória militar sobre a repressão. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

_____. **A volta aos quartéis**: a memória militar sobre a abertura. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

_____. **A democracia interrompida**. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

SOARES, Orlando. **Comentários à constituição da república federativa do Brasil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Panorama do segundo império**. 2.ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1998.

_____. **As razões da independência**. 5.ed. Rio de Janeiro: Graphia, 2002.

_____. **Formação histórica do Brasil**. 14.ed. Rio de Janeiro: Graphia, 2002.

SOUZA, Percival de. **Autópsia do medo**: vida e morte do delegado Sérgio Paranhos Fleury. São Paulo: Globo, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Tribunal do júri**: símbolos & rituais. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: RT, 1999.

TARDE, Gabriel. **A opinião e as massas**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

TAVAREZ, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Direito penal da negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TORNAGHI, Helio Bastos. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977. v.2.

_____. **Curso de processo penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v.2.

TOUATI, Georges; XERRI, Michel. **Conversation Avec Le Jury**. Paris: Sirey, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 1996. v.2.

_____. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Processo penal**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.4.

TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). **Tribunal do júri**: estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: RT, 1999.

_____. Tribunal do júri: origem, evolução, características e perspectivas. In: _____. **Tribunal do júri**: estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: RT, 1999.

VALVERDE, José Zafra. **El Derecho Como Fuerza Social**. 2.ed. Espanha: Eunsa, 2001.

VANOSSE, Jorge Reinaldo. A. **El Estado de Derecho**: Em El Constitucionalismo Social. 3.ed. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

VANOYE, Francis. **Usos da linguagem**. Tradução de: Clarisse Madureira Sabóia et al. 11.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VARGAS, José Cirilo de. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VELASCO, Marina. **Ética do discurso**: Apel e Habermas. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2001.

VENTURA, Zuenir. **Cidade partida**. 1.ed. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

VIVEIROS, Mauro. **Tribunal do júri. Na ordem constitucional brasileira**: um órgão da cidadania. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

VOLTAIRE. **O preço da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. 2.ed. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

_____. **Sociología del Derecho**. Granada: Comares, 2001.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Lógico-Philosophicus**. Tradução de: Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3.ed. São Paulo: Edusp, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2.ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.

WRIGHT, Georg Henrik von. **Normas, Verdad y Lógica**. Tradução de: Carlos Alarcón Cabrera. 2.ed. México: BEFDP, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito penal brasileiro I**. Tradução de: Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. **Manual de direito penal brasileiro**. 4.ed. Rio de Janeiro: RT, 2002.